عقد الاستصناع

أو «عقد المقاولة»
في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة



د. كاسب بن عبدالكريم البدران
رئيس قسم الثقافة الإسلامية واللغة العربية
كلية التربية ـ جامعة الملك فيصل
والباحث في الموسوعة الفقهية سابقا.

د. كاسب بن عبدالكريم البدران
رئيس قسم الثقافة الاسلامية
واللغة العربية
كلية التربية ـ جامعة الملك فيصل

عقد الاستصناع

أو «عقد المقاولة»

في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة



طبعة جديدة

بسم الله الرحمن الرحيم

الطبعة الأولى عام ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٩م
الطبعة الثانية عام ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقـــريظ *

مما لا ينسى أبدا وممـــا لا يجهـــل أبدا ما نراه ونقرؤه من قفزات جامعاتنا .. وتطورها بحيث بدأت توجـــد مجـــالات واسعة وحقولا نافعة ينفذ منها الدارس الى أعمـــاق علوم اللغة والدين والشريعة .. ينال ابن البلد رسالة المـــاجستير والدكتوراه فى بلده وجامعته بدلا من دراسته فى بلاد أخرى .. وهذا لاشك كسب للبلاد وبناء للأفكار وتغذية للعقول ولتكون الجامعة معينا عذبا ينهل منه الطالب الجاد ذو الهدف الأسمى والغاية المثلى .. ان هذه الرسائل التى بذل فيها الجهد وأمضى فيها الدارس سنوات سواء كان هنا او هناك فى أى بلد تتوفر فيه المراجع والدراسة ..

ان هذه الرسائل مع الأسف تضـــيع فى تلافيف الاختبارات ورفوف المكتبات يعلوها الغبار ...

وعلى الجامعة والطالب معا أن يتعاونوا فى طباعتها لأنهـــا جهد مشرف لايوجد فى كتاب ولكنه منقول من عشرات الكتب ..

.. واليوم نصل الى رسالة فى ((عقد الاستصناع)) دراسة مقارنة للطالب كاسب بن عبد الكريم البدران فى معهد القضاء العالى فى جامعة الامام محمد بن سعود .. قرأت هذه الرسالة التى حوت مالذ وطاب فى هذا الباب — تقع فى أكثر من ((٢٥٠)) صفحة من القطع الكبير . اخذها من عشرات المراجع وبهـــا عشرات الأبواب والمباحث ومكتباتنا الاسلامية فى أمس الحاجة اليهـــا ..

الشيخ عثمان الصالح
رئيس تحرير مجلة البحوث الاسلامية
الرياض

---

* مستخلص من مقال فى كتب جريدة الجزيرة السعودية عام ١٣٩٨م

مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين .. وبعد :

فبعونه تعالى وتوفيقه ، اخترت الكتابة فى عقد الاستصناع فى الشريعة الاسلامية كى احصل بما سأقدمه فى هذا البحث المتواضع على درجة « الماجستير » من المعهد العالى للقضاء .. وهذا هو المتبع فى المعهد العالى للقضاء لمن اراد الحصول على الماجستير .

ان هذا الموضوع طالما فكرت فيه لما هو واقع فى معاملات الناس اليوم ، ولقد وجدت أن كثيرا من معاملاتهم الحاضرة تقوم على طلب الصنعة . فاستشرت كثيرا من العلماء عن هذا الموضوع وجدوى دراسته مع قلة المصادر فيه عموما . وخاصة عند المذاهب الثلاثة (**المالكية ، الشافعية ، الحنابلة**) فأشاروا على بدراسته وأن العبرة هى فى اخراج فكرة عن الموضوع اخراجا يبين فيه رأى الفقه الاسلامى فى معاملة جرى العرف الآن على التعامل بها أفرادا وشركات وحكومات . وليست العبرة بكثرة الصفحات . فهناك موضوعات يمكن أن تسود فيها مئات الصفحات بالمداد دون أن تكون ذات نفع كبير .

ونحن نعرف أن مايستجد من حضارة صناعية وتجارية يحتاج الى الضبط بمعيار فقهى اسلامى دقيق ، يعين الناس على الاستقرار فى هذه الحياة .

والاستصناع بعد تطور الحياة ونمو الحضارة وشمول النهضة الصناعية جميع الدول كبيرها وصغيرها أصبح موضوعا هاما يجب العناية به ، تنظيما وتكييفا حتى يؤدى دوره فى خدمة الانسانية .

فالمصانع الكبيرة والصغيرة بكامل دورة الحياة فيها من انشاء المصنع حتى التسويق ، تحتاج الى تشريع ينظم حقوق عمالها وأصحاب رؤوس الأموال فيها ، ويحفظ كذلك حقوق المتعاملين معها . لئلا تكون الصناعة سببا فى سيطرة وتنافس قاتلين ، سواء على مستوى الأفراد او الجماعات أو على مستوى الحكومات فى بعض الحالات

وليس هناك من تشريع غير الاسلام نظم التعامل بهذا الأسلوب تنظيما دقيقا . ضبط فيه حقوق الصانع والمستصنع .

ولهذه الأسباب وغيرها اخترت تحمل المشقة فى بحث هذا الموضوع لأضع لبنة مع غيرى فى ايجاد توضيح له أروى به ظمأ المتعطشين الى معرفة الحق بدلا من التهافت على سراب النظم الغربية والادعاء بدعاوى باطلة ضد الاسلام .

فعزمت وتوكلت على الله سبحانه على الكتابة بهذا الموضوع الذى تعامل به المجتمع منذ القدم وازداد هذا التعامل فى وقتنا الحاضر زيادة كبيرة خاصة وأن ما تعومل به بين البلدان يزيد من ضخامة التعامل .

فسهولة المواصلات زادت من هذا التعامل الخارجى الذى هو الشغل الشاغل لكثير من المسلمين فى تنظيم التجارة . وقد قمت بدراسة الاستصناع فى النظام الوضعى فقهاوقانونا ، وأكثر ماركزت علىالقانون المدنى المصرى. وبينت موقف النظم الوضعية من الاستصناع وناقشتها ، وقارنت بينها .

ان ابراز هذا النوع من التعامل للمجتمع انما هو خدمة للاسلام وابراز لما احتوته كنوز الفقه الاسلامى .

وازاحة الستار عن هذه الثروة الفقهية الفذة التى هى بعض ما أرسته هذه الشريعة الغراء من نظم كفيلة بسعادة البشرية فى كل زمان ومكان الى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

خطة البحث :

سأسير فى دراستى للاستصناع على الخطة **التالية :**

أفتتح رسالتى بتمهيد أتعرض فيه بصفة عامة عما يلي :

الفصل الأول : عن العمل والاستصناع . أتكلم فيه عن أهمية العمل فى الشريعة الاسلامية ومكانة الاستصناع من العمل . ثم أعطى لمحة

تاريخية عن الاستصناع والهدف من المعاملات فى الاسلام وأبين منزلة الاستصناع بين الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية .

وفى الفصل الثانى .. سأدرس مدى حرية المكلف فى انشاء العقود وهل هو حر فى انشاء ما يريد من العقود ؟ أم حريته مقيدة باذن الشارع الحكيم .. ورأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود .

أما الفصل الثالث .. فسيكون البحث فيه عن التعاقد على المعدوم.. وهل يجوز التعاقد على المعدوم أم لا يجوز ؟ واختلاف الفقهاء المسلمين.. ورأى النظام الوضعى به .. ودراستنا له لأن عقد الاستصناع قائم على أساس التعامل بشىء غير موجود وقت التعاقد .. فاتماما للبحث واكمالا لموضوع الرسالة قمنا بدراسته .

وسأقسم الموضوع الى **ستة أبواب :**

أبحث فى الباب الأول .. مفهوم الاستصناع .. وهل هو عقد أم وعد ؟ وسأجعل هذا الباب ثلاثة فصول : أخصص الفصل الأول : فى الكلام عن مفهوم الاستصناع فى اللغة والاصطلاح ، وفى اصطلاح النظم الوضعية .. أما الفصل الثانى : فيكون فى الجواب عن التساؤل التالى : هل الاستصناع عقد بيع أم وعد بالبيع ؟ وفى الفصل الثالث : أتكلم عن تعريف العقد بصورة عامة .. وذلك بعد أن نعرف أن الرأى الراجح هو أن الاستصناع عقد لاوعد .

أما الباب الثانى : سأبحث فيه حكم عقد الاستصناع عند الحنفية والذين جعلتهم من أصحاب الاتجاه الأول .. وحكمه عند المذاهب الفقهية الثلاث (المالكية ، الشافعية ، الحنابلة) وسميتهم أصحاب الاتجاه الثانى .. ثم حكمه عند الظاهرية والشيعة الجعفرية . وأخيرا حكمه عند أصحاب النظم الوضعية .

وفى الباب الثالث : سيكون بحثنا فى تكييف عقد الاستصناع .. هل هو عقد بيع ؟ أم عقد سلم ؟ أم اجارة ؟ أم يجمع بين بعضها البعض .. وهذا يكون عند الحنفية اولا ثم النظام الوضعى ثانيا .

اما الباب الرابع : فأبحث فيه المقومات للعقود جميعها بصورة عامة والاستصناع فى صورة خاصة .. وابحث فى شروط العقد بصورة عامة للاستصناع وغيره من العقود . وشروط الاستصناع خاصة .

وفى الباب الخامس : سيكون البحث عن اللزوم وعدم اللزوم فى عقد الاستصناع . وعليه .. سأقسم هذا الباب الىستة فصول : أبحثفى الفصل الأول موقف الاستصناع من العقود المسماة . وفى الفصل الثانى : عن تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول ومنزلة الاستصناع منها . ولما كان الاستصناع يمر بمراحل ثلاث حتى يتم عقد الاستصناع بوجهه الأكمل .. لذا سأتناول هذه المراحل . وهل الاستصناع لازم لحق الطرفين أم غير لازم . أم لازم بحق أحدهما دون الآخر ؟ كل هذا فى الفصل الثالث .. أما الفصل الرابع : فسأبين فيه رأيا مستقلا يرى أن الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته .. وفى الفصل الخامس أبحث عن آثار عقد الاستصناع وفى آخر هذا الباب سيكون البحث عن رأى النظام الوضعى فى عقد الاستصناع هل هو لازم أم غير لازم ؟

وفى الباب السادس : يكون البحث فيه بأمور تتعلق بعقد الاستصناع كخيار الرؤية وخيار العيب .. والتنازع بين طرفى عقد الاستصناع . وهل للظروف الطارئة أثر فيه ؟ وبعد ذلك أتكلم عن الشرط الجزائى فى عقد الاستصناع ورأى المعاصرين فيه .. والذى اخترت منهم الشيخ عبد الله آل محمود كنموذج للمعاصرين الذين تكلموا عن الاستصناع .

وفى تطبيق هذا العقد على الواقع .. اخترت عقودا داخلية ، وعقدا خارجيا لكى اضعها فى بحثى كدراسة تطبيقية .. وأخيرا أبحث ما ينتهى به عقد الاستصناع ..

وفى ختام هذه المقدمة .. وقبل الشروع فى البحث أتقدم بخالص الدعاء للأستاذ المشرف الشيخ / أحمد محمد الحصرى .. الذى مافتىء يعطى من وقته الكثير ولم يجعل الوقت الرسمى هو الكافى لعطائه .. بل فتح بابه لكل مرة أريد التباحث معه .

واشكر القائمين على أمور المعهد والجامعة لما أعانونى عليه فى اتاحة الفرصة أمامى للبحث والمتابعة داخل المملكة وخارجها .. فجزاهم الله عنا خير الجزاء .. والله يوفقهم لما يحبه ويرضاه .

والله الموفق والمعين على كل حال ..

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

كاسب بن عبد الكريم البدران

الرياض فى ٩ ربيع ثان سنة ١٣٩٨

مقـدمـة الطبعـة الثـانـية

الحمد لله والصلاة على رسول الله وبعد فاني قدمت للمكتبة «عقد الاستصناع» لما لـــه مــن أهمية في الحياة الاقتصادية للعالم الاسلامي وترقبت كل ما يرد لي من ملاحظات حول هذا البحث ولكنها لم تكن كثيرة فلم أتشجع لاعادة طبعه مرة اخرى خلال السنوات الخمس التي مرت على الطبعة الأولى حيث كانت ١٣٩٠هـ. الا ان البحث — في عقد الاستصناع أو كما يسمى عند البعض وكمصطلح حديث قريب اليه هو «عقد المقاولة (١)» — في الموسوعة الفقهية التي تصدرها وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية بالكويت والتي عملت بها كباحث فقهي زادني اطلاع على هذا العقد فكتبت خلاصة عنه في الموسوعة المذكورة. بحرف « الهمزة » ونفاذ النسخ بالاسواق كل هذا حفزني لاعادة طبع الكتاب فلعلي أجد ملاحظات اخرى من العلماء لدراستها واضافة ما يفيد البحث في الطبعات المقبلة بعونه تعالى وكلي أمل ان تصلني تلك الملاحظات القيمة والله أسأل ان يسدد خطا الجميع لخدمة الاسلام والمسلين

والله الموفق

الدمام في ٨ / ١١ / ١٤٠٤هـ

د. كاسب بن عبدالكريم البدران

رئيس قسم الثقافة الاسلامية واللغة العربية

جامعة الملك فيصل ص.ب ١٩٨٢

الدمـام ٣١٤٤١

الباب التمهيدى

* *

الفصل الأول : العمل والاستصناع .

الفصل الثانى : مدى حرية المكلف فى إنشاء العقود .

الفصل الثالث : التعاقد على المعدوم .

الباب التمهيدى

الفصــل الأول : العمل والاستصناع

* المبحث الأول : أهمية العمل فى الشريعة الاسلامية :

ان هذه الحياة التى تسير فى هــذا الكون ، والتى نحن بحـــاجة الى معرفة اسرارها ، وما يدور فيها من أحداث . تستدعى منا التدبر والتفكير بها . فقد أمرنا الله سبحانه وتعالى مما أمرنا به السير فى الأرض ، وأن نتدبر .

والحياة لم تكن عند العرب خاصة والعجم عامة على وتيرة واحـــدة من النظم ، فالجاهلية غمرت العالم قبل الاسلام ، فجاءت نظم الاسلام لتقوض أركان الجاهلية الأولى اما بالالغاء أو بالتعديل أو باقرار بعضها دون البعض الآخر .

فبالاسلام وجد الحل الذى به تسير الحياة الانسانية على منهج قويم وتصور عظيم للكون .. وبهذا تكون ويتكون المجتمع الاسلامى اذا كان وفق هذا المحور لايحيد عنه (١) .

وعمل الانسان المسلم فى الحياة غالبا ما يكـون ذا نمطــين ، النمط الأخروى فى مجال الدعوة والأمر بالمعروف ، والنهى عن المنــكر ، وغير ذلك . والنمط الدنيوى الخاص بسد حاجته .. الا أنه لاينفصل عن الأول لأنه يريد به وجه الله والنتيجة الحسنة بالآخرة .

وببحثنا هذا سنحاول التمعن فى أفق معين من الحياة العملية للانسان الا وهو العمل اليدوى المرتبط بالآخرين لسد حاجاتهــم المعيشية فى كل مجالاتها .

وهذا العمل يحتاج الى دراسة وتنظيم وتشريع يحدد الصالح منـــه ويبين الجائز وغير الجائز .

---

(١) الاسلام ومشكلات الحضارة — سيد قطب ص ٢ .

العمل هو وسيلة التملك ، ووسيلة تنمية الثروة (٢) .. أو هو الجهد الذى يبذله الانسان ـ بدنيا كان أو ذهنيا ، أو هما معا ـ فى استثمار ما سخره الله لنا من خيرات (٣) .

قال الله تعالى : **(ومن احسن قولا ممن دعا الى الله وعمل صالحا وقال اننى من المسلمين)**(٤) .. فالآية تبين أن العمل شامل للعمل المادى والدينى الذى هو تنفيذ أحكام الشريعة الاسلامية (٥) .

والعمل المادي يدخل فيه العمل الصناعى فى جميع نواحيه الذى هو كسب الرجل بيده أو بعقله أو بهما معا .. روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن أفضل الكسب قال : « **بيع مبرور وعمل الرجل** بيده » (٦) .. وهو نعمة . قال تعالى : **(ليأكلوا من ثمره ، وما عملته أيديهم أفلا يشكرون)** (٧) .. والشكر على النعمة يقتضى حفظها . ولا يكون هذا الحفظ تاما الا اذا اقتنع الانسان المسلم بأن للعمل دورا بارزا فى شريعته .

والعمل له شأن كبير فى تحسين المال وحيازته واستثماره مما له مكانة عظيمة فى الحضارة الاسلامية .. لهذا نجد أن الآيات التى وردت فى القرآن الكريم والتى تحدثت عن العمل أكثر من ثلاثمائة آية (٨) .. ودعوة الاسلام للعمل نابعة من أهميته .

فبالعمل يتم الانتاج ، وبالعمل يزداد هذا الانتاج ، وتتحقق العدالة الاجتماعية ، فيتحقق الأمن والرخاء للأمة .

وما يضاد العمل كالكسل ، والخمول ، والبطالة ، يلقى ذما كبيرا فى الاسلام (٩) وكذلك الكسب الحرام .. مع انه عمل .. الا أنه مذموم أيضا .

---

(٢) معركة الاسلام والراسمالية ـ سيد قطب ص ٤٥
(٣) الاقتصاد الاسلامى ـ ابراهيم الطحاوى ـ جـ ١ ص ٢٣٦ .
(٤) سورة فصلت / آية ٣٣ .
(٥) اشتراكية الاسلام ـ مصطفى السباعى ـ ص ١٥٤ .
(٦) مسند الامام احمد ـ مجلد ٣ ص ٤٦٦ .
(٧) سورة يس / آية ٣٥ .
(٨) انظر المرشد الى آيات القرآن الكريم وكلماته ـ محمد فارس بركات ص ٣٤٣ الى ٣٤٦ .
(٩) انظر الاقتصاد الاسلامى للطحاوى ص ٢٣٧ .

والعمل أو الكسب متنوع فى الحياة وله مجالاته المختلفة التى لاحصر لها فقد يكون العمل زراعيا ، وهذا العمل الزراعى قد يكون فى النهاية صناعيا بأن تصنع المزروعات للبيع فيما بعد .

وقد يكون صناعيا محضا وهو فى هذه الحياة يتنوع تنوعا كبيرا وخاصة فى قرننا هذا الذى مافتىء العقل البشرى يفكر ويخترع لتطوير الحياة .. فاحتاجت الحياة الى تنوع الصناعات على وفق الحاجة الماسة لها .. فمن الحاجيات البسيطة المصنعة باليد أو الماكينة البسيطة الى الآلات الدقيقة والى مالا نهاية من الحاجيات التى زاد الطلب عليها حتى وصلت الى المركبات الفضائية .

فالاسلام يحيط العمل بقداسة ، ويمنح اليد التى تزاول العمل كل توقير وتعظيم .. جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **خير الكسب كسب يد العامل اذا نصح** » (١٠) ..

وجاء أيضا عنه عليه الصلاة والسلام قوله : « **ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده ، وأن نبى الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده** » (١١) ..

فهذه الأحاديث وغيرها دالة كل الدلالة على مدى الاهتمام الذى يوليه الاسلام للعمل .

لهذا كله وجدنا فقهاء الاسلام على مر العصور يدرسون هذه الأمور وما يترتب عليها من قضايا حتى (١٢) أن بعض فقهاء الاسلام جعل للعامل الحق فى الحصول على نصف الربح — ان كان يعمل عند رب عمل صناعى أو غيره — الذى يحصل عليه من الانتاج .

والمبدأ العام الذى يجعل للحاكم أن يستجد من الأحكام بقدر مايجد من الأقضية يجعل للدولة من حقوق التشريع العمالية ماتراه دائما وفق مطالب المجتمع المتجدد ومبدأ المصالح المرسلة (أى مصالح المجتمع التى لم يرد بها نص) ، ومبدأ سد الذرائع (أى توقى الأخطار المحتملة) كفيلان بمنح الدولة كل الحرية فى التشريع وفق مقتضيات الأحوال ، وفى حدود القواعد الأساسية للاسلام (١٣) .

---

(١٠) رواه احمد فى مسنده — الجزء الثانى ص ٣٣٤ ، ٣٥٧ .

(١١) رواه البخارى — فتح البارى — الجزء الخامس ص ٢٠٩ .

(١٢) معركة الاسلام والرأسمالية ص ٤٥ وما بعدها

(١٣) نفس المصدر السابق ص ٤٥ .

ولم يغفل فقهاء الاسلام عن ربط العمل بالعقيدة . لأن كلا من العمل والعقيدة متلازمان ، وبالعقيدة علاج المجتمع وذلك بوجوب ملءالنفس بالعقيدة الدافعة ، العقيدة التى تملأ فراغ النفس وخوائها ، وترفعها الى الله ، وتجعل للفرد هدفا اكبر من ذاته هو ذلك المجتمع الذى يعيش فيه ، وتلك الانسانية التىهو منها (١٤) .

وقد فطن الاسلام الى أهمية العقيدة فى تكييف علاقات الناس الواقعية المتجددة .. ولكن أكثر الناس ممن يدعون الاسلام ، وبحماقة غبيسة لم يفطنوا الى الذى فطن اليه الاسلام وبينه وصاغ نظامه على أساسه .. عقيدة تتمثل فى شريعة وشريعة هى تفسير وتحقيق لهذه العقيدة .. ووحدة شعورية تشريعية تتألف منها حياة واقعية ممثلة فى العقيدة والسلوك والعبادات والمعاملات ، وفى السرائر والجوارح وفى الأفراد والمجتمعات (١٥) .

اذن .. ما هى نتائج ارتباط العقيدة بالعمل ياترى ؟

لا بد من نظرة فاحصة لهذا الارتباط ، فلو تتبعنا التاريخ لوجدنا أن المقياس يدلك على أن الاتقان فى العمل والزيادة فى الانتاج هما أعلى الدرجات .

لم لا .. والاسلام يحث على الاتقان فى العمل وهى مسئولية كل من يعمل قال تعالى : **(ولتسئلن عما كنتم تعملون)** (١٦) .

وما أدراك اذا ماكان الاتقان بالعمل ، وزيادة الانتاج الصناعى سيؤدى الى نظرة الناس فى العالم كله الى الاسلام ذلك الدين السماوى ذى المكانة العالية .. ليكون لهم قدوة فى هذا العالم المادى .. فعندها يعتبر المكان الذى طبق به كبقعة مثالية يقتدى بنظامها .. وهذا نوع من أنواع الدعوة الى الله عز وجل .

لم لا وعصرنا عصر الاتقان ، أو مايسمونه فى الوقت الحاضر باللاتينية (تكنولوجيا) أى (علم الاتقان) .. وأمة الاسلام هى أولى بالتمسك بهذا العلم الذى يدعو اليه دينهم . فبهذا الاتقان تحل مشاكلهم مع الأعداء

---

(١٤) نفس المصدر السابق ص ٥٠ .
(١٥) معركة الاسلام والراسمالية ص ٥٧ .
(١٦) سورة النحل — آية ٩٣ .

الذين يتربصون بهم الدوائر .... فيقطعون عنهم ماهم بحاجة اليه من عدد للحرب أو البناء فى السلم **(واعدوا لهم ماستطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لاتعلمونهم الله يعلمهم)** (١٧) .

فالقوة هى كل شىء بعد رسوخ العقيدة لمحاربة الأعداء بأنواع الأسلحة ، فبالصناعة نستطيع فعل الأسباب للوصول الى الهدف

※ المبحث الثانى : لمحة تاريخية عن الاستصناع :

بعد هذا كله .. لابد أن نبرز نقطة مهمة فى دراسة الاستصناع وهى .. هل الاستصناع كان موجودا منذ القدم والى الآن .. أم لم يكن كذلك ، وانما هو أمر جديد حدث بعد الاسلام ؟ .

الاستصناع لغة طلب الصنعة كما سنبينه فيما بعد .. وطلب الصنعة سواء كان على صورة الاستصناع الذى هو محل بحثنا على وجه مخصوص .. أم عن طريق الاجارة ، أو التعاون ، أو الهبة ، أو الهدية .. وهذا ليس ببعيد فى سابق الأزمان حيث كان الناس يتعاونون فيما بينهم ، ولا يعيرون للمال أهمية .. فكل من فى القبيلة ان استطاع عمل شىء يمكنه أن يعد نفسه لذلك .. فيأتى القوم يطلبون منه ذلك المصنوع ، وهو بالمقابل يحصل على مايريد بسرعة .. فهذا هو التعاون القائم على البساطة .

وما يعمله الناس انما هو لسد حاجاتهم فى أغلب الأحوال ، فتراهم يحكمون عقولهم فى تلبية رغباتهم ورغبات غيرهم من ملبس ومأكل ومشرب ، ومركب ومرصد .. وهذه تحتاج الى مهارات عالية .

لم تقتصر على عصر دون عصر ، فمنذ الخليقة والبشر يصنعون حاجياتهم وفق قدرتهم ، ومدى حاجتهم المتكررة والمتطورة من وقت الى آخر . والمختلفة من مكان الى آخر .

فلنأخذ مثالا على ذلك .. هو اللباس ، فقد كان البشر على مايذكر لنا التاريخ يلبسون ورق الأشجار ، ثم تطورت صناعة الملابس الى أن اصبحت مادة الخام هى القطن مثلا ، وذلك بأن حاكوها ولونوها لتكون

---

(١٧) سورة الانفال — آية ٦٠ .

لباسا يستترون به .. وكذلك النار بدىء بها بضرب حجر بحجر فجاء الكبريت ليحل محله .

اذن .. فالصناعات قديمة قدم البشرية الأولى .. فنبى الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده (١٨) ، وعمل اليد يشمل أمورا كثيرة منها العمل الزراعى والصناعى .

ذكر لنا ابن حجر (١٩) نوع عمل داود عليه السلام بأنه كان زرادا .. فهو عمل يدوى صناعى .. وقبله آدم — عليه السلام — كان حراثا ، وكان نوح نجارا ، وكان ادريس خياطا ... الخ .

واستمرت الحال الى عهد الرومان والفرس ، فقد ثبت بالتاريخ أن الصناعة كانت موجودة عندهم .. ومن تعامل العرب مع الروم والفرس ونقل حضارة الدولتين للعرب يدلنا على أن الروم والفرس قد عرفوا ببراعتهم فى الصناعة .

وبعد ذلك فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الى عصور متأخرة : ثبت وجود الاستصناع على مانراه فى كتب الحنفية .. فقد قال فقهاء الحنفية ذلك (٢٠) .. ومن ذلك ما ذكره السرخسى (٢١) أن الناس تعاملوا الاستصناع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير .

وكان المنطق السليم — والنبى صلى الله عليه وسلم يحذر (٢٢) من الاقتصار على الزراعة أو تجاوز الحد فيها عن المقدار اللازم — أن يتوجه نشاط الأفراد الاقتصادى الى انشطة أخرى فى مجالات كثيرة كالتجارة والصناعة وغير ذلك .

ومن ثم نجد القرآن الكريم قبل ذلك يعنى بتوجيه المسلمين الى ممارسة الصناعة بشتى أنواعها وبمختلف خاماتها سواء كانت مستخرجة من باطن الأرض أو من أشجارها أو من حيواناتها أو من غير ذلك .

---

(١٨) المراد به حديث المقداد — رضى الله عنه — عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده ، وأن نبى الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده » .. رواه البخارى — فتح البارى ٥ — ٢٠٩ .

(١٩) انظر فتح البارى — جزء ٥ ص ٢١٠ .

(٢٠) انظر البدائع للكاسانى — جزء ٦ ص ٢٦٧٨ ، انظر فتح القدير — ج ٥ ص ٣٥٥ .

(٢١) انظر المبسوط — ج ١٢ ص ١٣٨ .

(٢٢) اقصد به مارواه ابن عمر (رض) عن النبى (ص) انه قال : اذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا الي دينكم » منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/٢٣٣ .

والحديد تلك المـادة الخام المهمة فى الحياة حربا وسلما .. وهى أصل الصناعات **(وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للنـاس وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب ان الله قـوى عزيز)** (٢٣) . لازالت تحتفظ بقيمتها فى كير من الصناعات المفيدة .

ومن المواد الخام .. النحاس ، والنفط ، والرصاص ، والقطن ، والصوف **(وعلمناه صـنعة لبوس لكم لتحصنكم من بأسـكم فهـل أنتم شاكرون)** (٢٤) .. وقول البعض اطلبوا الرزق تحت خبايا الأرض(٢٥) .. ولا يكون هذا الا بالصناعة .

وهناك النباتات كالتمر **(ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا ان فى ذلك لآية لقـوم يعقـلون)** (٢٦) .. فكثـير من الصناعات الآن تقوم على ثمر النخيل والأعناب وغيرها من النباتات .

وقوله تعالى : **(ويصنع الفلك وكلما مر عليه ملأ من قومه سخروا منه قال ان تسخروا منا فانا نسخر منكم كما تسخرون)** (٢٧) .. يبين لنـا نوعا من أنواع الصناعات المتعارفة عند السابقين ألا وهـو صـناعة السفن .

فهذه الدلالات كلها عن شرع من قبلنا تعـد تقريرا على أن شرع من قبلنا شرع لنا .. ولا سيما اذا ورد فى شرعنا مدحه وتحسينه مع عموم **قوله تعالى : (أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده ، قل لا أسـألكم عليه أجرا ان هو الا ذكرى للعالمين)** (٢٨) .. وأن ذكر الشيء بدليله أوقع فى نفس سامعه (٢٩) ، وجاء أبو حنيفة فى العصر العباسى فوجد النـاس يتعاملون فى الاستصناع وهو التاجر فى السوق فدرس هذا التعامل من كل جوانبه فخرج على ماهو عليه فى كتبهم .. ثم جـاء العثمانيون فزادوا عليه ماوجدوا من كثرة التعامل نوعا وكمـا ، ونحن فى عصرنا الحـاضر من منا لم يتعامل بالاستصناع ؟

---

(٢٣) سورة الحديد ــ آية ٢٥ .
(٢٤) سورة الأنبياء ــ آية ٨٠ .
(٢٥) انظر الاقتصاد الاسلامى للطحاوى ــ جزء ١ ص ٢٥٨ .
(٢٦) سورة النحل ــ آية ٦٧ .
(٢٧) سورة هود ــ آية ٣٨ .
(٢٨) سورة الانعام ــ آية ٩٠ .
(٢٩) انظر فتح البارى ــ جزء ٥ ص ٢١٠ .

اكثرنا يتعامل بلا شك . فمن هذا كانت لدى الرغبة بدراسة الاستصناع كبداية للطريق .

الاستصناع نوع من أنواع المعاملات الشرعية .. والمعاملات ذكرنا سابقا بأنها ترتبط بالعقيدة الاسلامية ارتباطا عظيما .. فالشريعة ايمانية ، والغرض المهيمن عليها هو تنفيذ ما أمر الله سبحانه وتعالى به ، وما نهى عنه .

* الهدف من المعاملات فى الاسلام :

المعاملات فى الاسلام (٣٠) ليس الهدف منها انطلاق الأفراد فى تحقيق مصالحهم الخاصة فقط .. وانما الهدف الأساسى .. هو اقامة المصالح الشرعية للجميع ودرء المفاسد عنهم .

فالمعروف أن الغرض من الاتجار بالنظام التجارى الوضعى هو الربح والكسب فقط .. أما فى الشريعة الاسلامية .. فهو جلب المصالح بتقريب السلع لطالبيها حفظا لضروراتهم ودفعا للمفاسد عنهم .. وتسهيلا لحياتهم .. فمن ضمن هذه المصالح التى يطلبها الاسلام أن يسعى الفرد المسلم لرزقه حفظا لحياته ، وحياة أسرته ومجتمعه .

فالتزام الصدق فى المعاملات ، وحسن المطالبة ، وحسن الوفاء ، وما يدور حولها من التزامات عديدة .. كعدم جواز بيع الأعيان المحرمة، وعدم استصناع الضار ، أو المحرم أو عدم الاجارة على معصية .. كل هذه الأمور تختلف تمام الاختلاف عنها فى النظم التجارية الوضعية .

فالنظم الوضعية تقوم على تحكيم المصلحة الخاصة والمنافسة .. وبالتالى الانطلاق فى حرية استقلال الموارد البشرية .

لهذا كله .. سأحاول دراسة حكم التعامل بين الناس فى العقود بصورة عامة وهل هى مباحة فى الأصل أم محرمة الا اذا دل دليل على غير ذلك .. وبما أن عقد الاستصناع عقد على معدوم .. فسأتناول حكم التعاقد على المعدوم .

* المبحث الثالث : الاستصناع بين الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية :

مهما قلنا وتكلمنا عن مكانة الشريعة الاسلامية بالنسبة للنظم الوضعية فهو قليل وكيف نقارن ماجاء به الله وما وضعه البشر ؟ لا .. لايمكن ذلك

---

(٣٠) انظر حاشية للدكتور/مصطفى كمال وصفى على الشرح الصغير للدردير ــ جزء ٣ ص٥ .
وانظر أيضا معركة الاسلام والراسمالية ص ٥٨ وما بعدها .

ونحن مقصرون جدا أمام هذا الموضوع والأمثلة على عظمة الشريعة الاســـلامية كثيرة فى مصادرها . وأولهـــا القرآن الكريم تلك المعجزة العظيمة التى أبهرت أبلغ العرب سابقا وأفصحهم . فكيف بعرب اليوم ؟

وآخرها جهود المجتهـــدين .. الفقهاء منهـــم والمفسرين والمحدثين وغيرهم فى دراسة الحياة اقتصادية كانت أم اجتماعيـــة أم ثقافيـــة أم عسكرية .. وليس لدى فى هـــذه العجالة الا أن أذكر ماهو من صـــلب موضوعى **(عقد الاستصناع)** .

أذكر من هذا .. أن الاستصناع درس دراسة مستفيضة فى عصر العباسيين كعقد مستقل باسمه .. وبفضل جهود ذلك العالم المجتهد أبى حنيفة النعمان الذى توفى فى النصف الأول من القرن الثانى للهجرة أى فى أواخر القرن الثامن للميلاد .. وكانت الصناعة لم تصل يومهـــا الى ما وصلت اليه فى عصر النهضة الصناعية المتـــأخرة فى أوربا من تطـــور .

قال دافيد (٣١) يمكن أن ندهش أمام انتشار عقد الاستصناع من عدم وجود تنظيم لهذا العقد فى التقنين المدنى الفرنسى ، ولكن يعزى ذلك الى أن أصحاب هذا التقنين فى سنة ١٨٠٤م لم يكونوا يعرفون هذا العقد، نظرا لأن الصناعة والعقود الواردة فى نطاقها المحلى كانت محدودة بحيث لم يظهر هذا النوع من العقود .

نعم فى سنة ١٨٠٤ م كانت النظم الوضعية لاتزال قاصرة عن دراسة ذلك العقد الذى اهتم به الفقه الاسلامى اهتماما عظيما منذ القرن الثامن للميلاد .. أى قبل حوالى عشرة قرون كان عقد الاستصناع قد اهتم به فقهاء المسلمين .. فماذا نسمى هذا الاهتمام ، وماذا نسمى ذلك الاهمال ..

أيها القارىء سم هذا الاهتمام وذلك الاهمال بما تسمى به .. فالله قادر على كل شىء وهو القائل : **(اليوم أكملت لكم دينـــكم وأتممت عليـــكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا (٣٢)** ..

أنت تستطيع الاجابة عن هذا التساؤل بكل تأكيـــد .. انه عظمـــة الاسلام وكماله وصلاحه لكل وقت ومكان .

---

(٣١) رسالة الاستصناع ـــ دافيد فرانسكوا
Le MarcheAfçon - François David
رسالة للدكتوراه من باريس سنة ١٩٣٧ م ، ص ٤ .

(٣٢) سورة المـــائدة ـــ آية ٣ .

الفصل الثانى : مدى حرية المكلف فى انشاء العقود

* **تمهيد :**

هـــل المكلف حر فى انشاء مايريد من العقود ؟ سواء منها ماهو متعلق بالمعاملات أو بالأبضاع أو بغيرهما .. أم أن حريته فى هذا السبيل ليست مطلقة ينشىء مايشاء من العقود ، بل هى حرية مقيـــدة باذن الشـــــارع الحكيم .

اختلفت آراء الفقهاء فى هذا الموضوع .. وفيما يلى موجز عن هـــذه الآراء تحقيقا للفائدة واستطرادا لمـــا هو متمم لرسالتى موضوع المناقشة.

* **المبحث الأول :**

مجمل الآراء حول الموضوع :

ان مجمل ما يمكن القول فيه فى رأى الفقه الاسلامى فى ســـلطة ارادة المكلف وحريتها فى انشـــــاء ماترغب فيـــه من عقـــد يمكن حصره فى رأيين مشهورين هما :

الراى الأول : هـــو أن الأصـــل فى العقـــــود والشروط الاباحـــة الا ماورد عن الشـــــارع الكريم نص بتحريمه .. وذهب الى ذلك فقهـــاء الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، وقال به ابن تيمية (١) .. وله فى ذلك بيان واضح أيد فيه هـــذا الراى بالدليل من الكتاب والســـنة والمعقول ورد على من قال بعكس هذا الراى ، وبين بطلانه ورجحان ما ذهب اليه وسيأتى الرد على ما ذكره ابن تيمية فى نسبته هذا الراى لجمهور الفقهاء ان شاء الله .

الراى الثانى : اما الراى الثانى فى هذا الموضوع فهو أن الأصل فى العقود والشروط الحظر الا ماورد عن الشـارع اباحته وقال بهذا الراى الظاهرية كما نسب ابن تيمية القول به الى الحنفية **فقال :** **واصحاب هذا القول هم :**

---

(١) ابن تيمية شيخ الاسلام احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبى القاسم الخضر النميرى الحرانى الدمشقى الحنبلى ابو العباس تقى الدين ابن تيمية — ولد فى حران ســـنة ٦٦١ هـ — مات معتقلا بقلعة دمشـــق سنة ٧٢٨ هـ الاعـــلام للزركلى ج ١٤٠/١ .

(٢) انظر القواعد النورانية ص ١٨٤ وما بعدها وراجع الاحكام فى أصول الاحكام لابن حزم — جزء ٥ ص ٦ وراجع مجلة البحوث الاسلامية مجلد (١) عدد (٢) ص ٦٦ .

١ — اهل الظاهر .
٢ — كثير من أصول أبى حنيفة .
٣ — كثير من أصول الشافعى .
٤ — طائفة من أصول مالك وأحمد .

قال ابن حزم (٣) .. ان الأقوال فى هـذا الموضوع هما قـولان ، وما عداهما فهو تخليط ومناقضات لايستقر لقائلها على حقيقة (٤) .

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية (٥) .. وأصحاب القـول الأول بأن الأصل فى العقود والشروط هو الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل الا مادل الشرع على تحريمه وابطاله نصا أو قياسا عند من يقول به ثم ابان أصحاب هذا القول والذى يقول هو به فقال (٦) .. : أصـول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجرى على هذا القول — ومالك قريب منه .

وقال ابن تيمية مبينا من يرى أن الأصل فى انشاء العقود هو الحظر والمنع الا ماورد عن الشارع اباحته فأسند هذا القول للأطراف الاربعـة السابقة الذكر .

* رأى الحنفية :

قال الزيلعى (٧) فى باب الربا لانسلم أن حرمة البيع أصل ، بل الأصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت .. انما تثبت بالدليل الموجب لها .. وهذا لأن الأموال خلقت للابتذال .. فيكون باب تحصيلها مفتوح ، فيجوز كل تصرف فيها مالم يقم الدليل على منعـه بخلاف النكاح بأن الملك فيـه يرد على البضع .. وهو محرم فيناسبه التضييق اعزازا له بشرف الآدمى .

وقال الكاسانى (٨) فى باب الشركات .. أن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجاتهم الى استنماء المـال .. وهـذا **النوع** (**يقصـد** شركة العنان) طريق صالح للاستنماء .. فكان مشروعا .

---

(٣) ابن حزم — هو ابو محمد على بن احمـد بن سـعيد بن حزم بن غالب بن صالح ولد بقرطبة من بلاد الاندلس سنة ٣٨٤ وكان شافعى المذهب فانتقل الى مذهب اهل الظاهر توفى سنة ٤٥٦ هـ — الأعلام للزركلى — جزء ٥ ص ٥٩ .

(٤) الاحكام فى أصول الأحكام — ج ٥ ص ٦ وما بعدها — لابن حزم .

(٥) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٤ وما بعدها .

(٦) نفس المصدر السابق .

(٧) تبيين الحقائق للزيلعى — ج ٤ ص ٨٧ .

(٨) بدائع الصنائع للكاسانى — ج ٨ ص ٣٥٨٨ .

وفى عقد المضاربة قال الكاسانى (٩) .. ان الناس يحتاجون الى هذا العقد أى (عقد المضاربة) لأن الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة ، وقد يهتدى الى التجارة لكنه لامال له .. فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ماشرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم .

فالعبارات السابقة تفيد أن فقهاء الحنفية يرون أن صحة التصرفات لاتتوقف على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها ، بل يكفى للحكم بصحتها أن تكون مشتملة على فائدة مقصودة ، وأن تكون محصلة للمصلحة مع انتفاء المانع الشرعى من الصحة .

* رأى المالكية والشافعية :

نقل عن فقهاء المالكية والشافعية عبارات تفيد أن الأصل فى الأفعال العادية (الافعال التى ليست بعبادة) هو الجواز والاباحة ، وأنه لايحرم شىء منها الا بدليل معين يدل على التحريم استنادا الى قوله تعالى: **(هو الذى خلق لكم مافى الأرض جميعا)** (١٠) .

وفى الأم للشافعى (١١) .. أن أصل البيوع كلها مباح اذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تبايعا . الا مانهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان فى معنى مانهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل فى المنهى عنه .

وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من اباحة البيع فى كتاب الله تعالى .

وذكر الشاطبى (١٢) .. أن القاعدة المستمرة بين العلماء هى التفرقة بين العبادات والمعاملات .. فالأصل فى الاولى الا يقدم عليها المكلف الا باذن .. اذ لامجال للعقول فى اختراع التعبدات .. والأصل فى الثانية الاباحة حتى يدل الدليل على خلافه .

---

(٩) نفس المصدر السابق .
(١٠) البقرة آية ٢٩ .
(١١) انظر الأم للشافعى — ج ٣ — ص ٢ .
(١٢) انظر الموافقات للشاطبى — ج ١ — ص ٢٨٤ — ٢٨٥ .

*** راى الحنابلة :**

معظم كتب الحنابلة تشير الأصول الواردة فيها الى القول بأن الاصل في العقود الاباحة .. الا مانهى الشارع عنه .. وقد صرح بذلك شيخ الاسلام ابن تيمية فيما سبق (١٣) .

وبعد هذا البيان الموجز لأشهر رايين فى المسألة المذكورة (مدى حرية المكلف فى انشاء العقود) أذكر فيما يلى موجزا لما استدل به أصحاب هذين القولين .

*** المبحث الثانى :**

أدلة القائلين بأن الأصل فى العقود الاباحة الا ماورد النص بتحريمه استدل لهذا الرأى .. بالكتاب والسنة والمعقول على التفصيل **الآتى** :

١ ــ من الكتاب (١٤) :

أ ــ قال الله تعالى : ((**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**) (١٥) .

*** وجه الدلالة :**

وجه الدلالة من هذا النص هو أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود وهذا عام .. وكذلك أمر الوفاء بعهد الله وبالعهد .. وقد دخل فى ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى : **(ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل)** (١٦) .. فدل على أن عهد الله يدخل فيه ماعقده المرء على نفسه .. وان لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع .

---

(١٣) انظر الرسالة ص(٢٣) .

(١٤) انظر القواعد النورانية / ١٨٤ وما بعدها ، انظر أعلام الموقعين لابن القيم ٣٨٤/١ بنفس المعنى .

(١٥) المائدة / ١ وقال الجصاص فى هذه الآية فى كتابه أحكام القرآن ١٣٣/٣ (فألزم كل عاقد الوفاء بما عقد على نفسه وذلك عقد قد عقده كل واحد منهما على نفسه فيلزمه الوفاء به . وقال أيضا فى نفس المرجع ٢٨٦/٣ وما بعدها واقتضى أيضا الوفاء بعقود البياعات والاجازات والنكاحات وجميع ما يتناوله اسم العقود .. فمتى اختلفنا فى جواز عقد أو فساده وفى صحة نذر ولزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى : (اوفوا بالعقود) لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والاجارات والبيوع وغيرها ... ولان الآية لم تفرق فى شىء منها .

(١٦) الاحزاب ــ ١٥ .

وبنفس المعنى وردت عدة آيات فى القــرآن الكريم أكدت وحرضت على وجوب وفاء الانسـان بما التزم به . ومنها :

١ ــ قوله تعالى : (**وبعهد الله أوفوا**) (١٧) .

٢ ــ قوله تعالى : (**واوفوا بالعهد أن العهد كان مسئولا**) (١٨) .

ب ــ قال الله تعالى : (**وما يضل به الا الفاسقين . الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه . ويقطعون مالمر الله به أن يوصل**) (١٩) .

*** وجه الدلالة :**

ووجه الدلالة فى هذه الآية .. أن الله ذم الفاسقين لنقضهم العهــد وقطع مالمر الله بوصله .. لأن الواجب اما بالشرع ، واما بالشرط الذى عقده المرء باختياره .

ج ــ كذلك يستدل من الكتاب على أن الأصل فى العقود الاباحة بقوله تعالى : (**واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام**) (٢٠) .

*** وجه الدلالة :**

قال الضحاك وغيره من المفسرين أن معنى قوله تعالى : (**تساءلون به والأرحام**) أى تتعاهدون ، وتتعاقدون وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ماأوجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع ونحو ذلك .

د ــ قال الله تعالى : (**ولقد كانوا عاهدوا الله من قبــل لايولون الأدبار ، وكان عهد الله مسئولا**) (٢١) .

هـ ــ قال الله تعالى : (**وأحل الله البيع وحرم الربا**) (٢٢)

وهذه الآية أرى أن فيها دلالة على مشروعية الاستصناع .. لأن الله أباح البيع بشروطه ، وحرم الربا .. وعقد الاستصناع لايخلو عن كونه بيعا .. تعامل الناس به وهو بعيد عن الربا .

---

(١٧) الانعام ــ ١٥٢
(١٨) الاسراء ــ ٣٤
(١٩) البقرة ــ ٢٦ ، ٢٧ .
(٢٠) النساء ــ ١ .
(٢١) الاحزاب ــ ١٥ .
(٢٢) البقرة ــ ٢٧٥ .

ـ وقال الله تعالى : **(يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض)** (٢٣) .

*** وجه الدلالة فى النصوص الأخيرة :**

يؤخذ من النصوص الأخيرة من الكتاب الكريم أن الله سبحانه وتعالى جمع فيها أحكام الأسباب التى بين بنى آدم المخلوقة كالرحم ، والمكسوبة كالعقود التى يدخل فيها الصهر وولاية مال اليتيم ونحو ذلك .. وكلها تدعونا الى الايفاء بهذه الأسباب وعدم نكرانها .

قال الشافعى (٢٤) فى الآيتين الأخريين أن الله ذكر البيع فى غير موضع من كتابه بما يدل على اباحته فاحتمل احلال الله عز وجل البيع **معنيين** :

احدهما : أن يكون الله عز وجل أحل بيعا تبايعه المتبايعان جائزى الأمر فيما تبايعاه عن تراض منهما .. وهذا أظهر معانيه .

ثانيهما : أن يكون الله عز وجل أحل البيع اذا كان مما لم ينه عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم المبين عن الله عز وجل معنى ماأراد فيكون هذا من الجمل التى أحكم الله فرضها بكتابه الكريم وبين كيف هى على لسان نبيه .. أو من العام الذى أباحه الا ماحرم على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم .. وما فى معناه ... فأصل البيوع كلها مباح اذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تبايعا .. الا مانهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ، وما كان فى معنى مانهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل فى المعنى المنهى عنه وما فارق ذلك ابحناه بما وصفنا من اباحة البيع فى كتاب الله تعالى .

قال الجصاص (٢٥) : عند الكلام عن آية ٢٩ من سورة النساء بأنها عموم فى اطلاق سائر التجارات واباحتها وهو كقوله تعالى : **(وأحل الله البيع)** فى اقتضاء عمومه سائر البيوع الا ماخصه التحريم .. الا أن اسم التجارة اعم من اسم البيع .. لأن اسم التجارة يعم عقود الاجارات والهبات الواقعة على الأعواض والبياعات .

---

(٢٣) النساء ـ ٢٩ .
اما معنى الباطل فهو : مالم يبحه الشرع كالغصب والربا والقمار هذا ماقاله البيضاوى فى تفسيره للقرآن ص ١٢٠ .. وقال الجصاص : « ما أباحه الله تعالى واحله فليس بباطل بل هو حق » أحكام القرآن للجصاص ١٢٨/٣ .

(٢٤) الأم للشافعى ـ ج ٣ ص ٢ .

(٢٥) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ١٢٧ ـ ١٣١ .

٢ ــ من السنة :

ومن السنة .. استدل أصحاب الرأى الأول القائل بإباحة العقود الا مانص الشارع على تحريمها **بما يلى :**

أ ــ ما ورد فى صحيح مسلم عن عبد الله بن عمر ــ رضى الله عنهما ــ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من نفاق حتى يدعها . اذا حدث كذب ، واذا عاهد غدر ، واذا وعد أخلف ، واذا خاصم فجر » (٢٦) ..

*** وجه الدلالة :**

ووجه الدلالة فى الحديث المذكور أعلاه أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى المسلمين عن الغدر وعن عدم الوفاء بالعهد .. وهذا النهى يستلزم وجوب الوفاء أو على الأقل اباحة الوفاء .. لان الاسلام لايجبر الوفاء بشىء محرم .. فدل على جواز أن يوجب الانسان على نفسه شيئا ، وجواز وفائه به .

ب ــ وفى الصحيحين عن عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : «أن أحق الشروط أن‌توفى‌به : مااستحللتم به الفروج»(٢٧)

*** وجه الدلالة :**

دل هذا الحديث على استحقاق الشروط بالوفاء .. وان شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها .. وما جاء بالكتاب والسنة من الأمر بالوفاء بها وعلى جواز الشروط .. كل ذلك يدل على ان الأصل فى العقود والشروط هو الجواز ... واذا كان جنس الوفاء ، ورعاية العهد مأمورا به .. علم أن الأصل صحة العقود والشروط .

---

(٢٦) جاء فى لفظ من سفيان ــ رضى الله عنه (... وان كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق) .. رواه مسلم ــ مختصر مسلم رقم الحديث ــ ٢٦ .

(٢٧) رواه الخمسة .. التاج الجامع للأصول ، منصور على ناصف ج ٢ ص ٢٩٤ .
وفى رواية أن احق الشروط أن توفوا به ... الحديث ــ غاية المأمول شرح التاج ــ نفس المصدر السابق .

٣ — الاعتبار :

وأما الاعتبار فهو من وجوه (٢٨) :

أ — ان العقود والشروط من باب الأفعال العادية .. والاصل فيها عدم التحريم وقوله تعالى : **(وقد فصل لكم ماحرم عليكم)** (٢٩) عـــام فى الأعيان والافعال ، واذا لم تكن حرامـــا لم تكن فاســـدة ، وكانت جائزة ومباحة .

ب — ليس فى الشرع مايدل على **التحريم** لجنس العقـــود والشروط الا ماثبت تحريمه بعينه وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم ..

فاذا حرمنا العقود والشروط التى تجرى بين النـــاس فى معاملاتهـــم العادية بغير دليل شرعى كنا محرمين مالم يحرمه الله .

ج — أن الأصل فى العقود .. رضـــا المتعاقدين ، وموجبهمـــا هو ماأوجباه على أنفســـهما بالتعـــاقد .. لأن الله قـــال فى كتابه العزيز : **(الا أن تكون تجارة عن تراض)** (٣٠) .

وقال تعالى أيضا : **(فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئـــا مريئا)**(٣١) فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه .. فدل على أنه سبب له . وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب .. فـــدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم .

واذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق ، فكذلك سائر التبرعات قياسا عليه بالعلة المنصوصة التى دل عليها القرآن .

وكذلك قوله تعالى : **(الا أن تكون تجارة عن تراض منـــكم)**(٣٢) لم يشترط فى التجارة الا التراضى ، وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة،

---

(٢٨) انظر القواعد النورانية / ٢٠٠ .

(٢٩) الأنعام — ١١٩ .

(٣٠) النساء — ٢٩ .

(٣١) النساء — ٤ .

(٣٢) النساء — ٢٩ .

واذا كان كذلك فعندما يتراضى المتعاقدان بتجارة أو تطيب نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بالقرآن ولم يتضمن ماحرمه الله ورسوله صلى الله عليه وسلم كالتجارة على الخمر ونحو ذلك يكون ماتعاقدا عليه جائز ومباح ..

* المبحث الثالث :

أدلة أصحاب الرأى الثانى القائل بأن الأصل فى العقود الحظر الا ماورد النص باباحته .

استدل أصحاب الراى القائل بأن الأصل فى العقود الحظر الا بنص بالكتاب والسنة والمعقول .

١ ــ الكتاب :

ومن الكتاب استدلوا **بما يلى** (٣٣) :

آ ــ قال الله تعالى : (**اليوم أكملت لكم دينكم**) (٣٤) .

ب ــ وقال تعالى : (**ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون**) (٣٥)

ج ــ وقال تعالى : (**ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها**) (٣٦) .

٢ ــ السنة :

ومن السنة استدلوا بما روته عائشة ــ أم المؤمنين ــ رضى الله عنها ــ قالت : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل .. ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » (٣٧) .

* وجه الدلالة من النصوص السابقة :

يستدل من الآيات السابقة والحديث السابق على أنها براهين قاطعة فى ابطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس فى كتاب الله الأمر به

---

(٣٣) الاحكام فى أصول الاحكام ٢/٥ ــ ٥٠ فى الباب الثالث والعشرين .. وقد قال الدكتور الصديق الضرير فى كتابه الغرر ص ١٣ (ولم أر أحدا من الفقهاء قال بهذا الراى صراحة غير ابن حزم) .

(٣٤) المائدة ــ ٣

(٣٥) البقرة ــ ٢٢٩ .

(٣٦) النساء ــ ١٤ .

(٣٧) رواه البخارى وفيه بلفظ آخر عن عائشة أنها قالت ... قام النبى صلى الله عليه وسلم من العشى فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال : مابال أقوام يشترطون شروطا ليس فى كتاب الله من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل .. وان اشترط مائة شرط ، شرط الله أحق وأوثق » .. فتح البارى ٣٦٩/٤ . ط السلفية .

أو النص على اباحة عقده .. لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك

٣ ــ المعقول (٣٨) :

ومن المعقول قال ابن حزم : يقال لمن أوجب الوفاء بعقد أو عهد أو شرط أو وعد ... أما أن يكون فى نص القرآن أو السنة ايجابه وانفاذه .. فان كان ذلك .. فنحن لانخالفكم فى انفاذ ذلك وايجابه .

واما أن يكون ليس فى نص القرآن ولا فى السنة ايجابه ولا انفاذه .. ففى هذا اختلفنا .. فان كان هكذا فانه ضرورة لاينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلا .. وهى **كما يلى :**

أ ــ اما أن يكون العاقد التزم بعقده أو بشرطه اباحة ما حرمه الله.

ب ــ اما أن يلتزم بعقده أو بشرطه تحريم ماأحله الله .

ج ــ اما أن يلتزم العاقد اسقاط ماأوجبه الله .

د ــ اما أن يوجب العاقد على نفسه بعقده مالم يوجبه الله عليه .

فكل وجه من هذه الوجوه لايجوز .

رد ابن حزم على المخالفين :

ورد ابن حزم حجة أصحاب القول الأول بأن الآيات والاحاديث ليست على عمومها ، ولكنها فى بعض العهود والعقود والشروط .. وهى ماجاء القرآن والسنة بالالزام به فقط .

ومما قاله من الردود .. أن الآيات التى تأمر بالوفاء بالعهد حجة لنا لاعلينا .. لأن العهد جاء فيها مضافا الى الله **(وبعهد الله أوفوا)** ولا يضاف الى الله الا ما أمر به لا ما نهى عنه .

واما الأحاديث التى تجعل اخلاف الوعد خصلة من خصال النفاق .. فالمراد بالوعد فيها ما افترض الله الوفاء به .. والزم فعله .. كالديون الواجبة والأمانات الواجب اداؤها .

---

(٣٨) الاحكام فى أصول الأحكام ٦/٥ وما بعدها ، لابن حزم .

* المبحث الرابع :

* خلاصة رأى ابن حزم ومناقشته :

يرى ابن حزم (٣٩) .. انه لما قام البرهان بكل ماذكر وجب أن كل عقد أو شرط او عهد ، أو نذر التزمه المرء فانه ساقط مردود ولايلزمه منه شيء اصلا .. الا ان يأتى نص أو اجماع بذلك لزمه والا فلا ، والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء الا ماالزمنا اياه نص أو اجماع . فان حكم حاكم بخلاف ماذكر فسخ حكمه ورد بأمر النبى صلى الله عليه وسلم القائل **(من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد)** (٤٠) .

رد ابن تيمية ما استدل به ابن حزم :

اساس ما استدل به ابن حزم من السنة على منع اباحة العقود الا بنص وهو ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله .. ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ..... الحديث » .

وقد رد على ذلك ابن تيمية فقال (٤١) : (بأن المشترط ليس له أن يبيح ماحرمه الله ولا يحرم ماأباحه الله .. فان شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله .... بل كل ماكان حراما بدون شرط .. فالشرط لايبيحه كالربا ، والوطء فى ملك الغير ..... فان الله حرم الوطء الا بملك النكاح أو ملك **اليمين** .. فلو اراد رجل ان يعير أمته لآخر للوطء لم يجز له ذلك ، بخلاف اعارتها **للخدمة** فانه جائز .... وأما ما كان مباحا بدون الشرط ، فالشرط يوجبه كالزيادة فى المهر والثمن .... فالرجل له ان يعطى المراة .. فاذا اشرطه صار واجبا . أ . هـ .

وقال ابن تيمية (٤٢) .. انه يرد على ابن حزم فى هذا الموضوع بانه قد يكون المراد بالحديث ماليس فى كتاب الله اباحته لابخصوص ولا بعموم .. لأن مادل الكتاب على اباحته بعمومه فهو من كتاب الله .. نظير ذلك قوله تعالى : **(ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء)** (٧٧) .. وقوله تعالى :

---

(٣٩) الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص ٦ وما بعدها .
(٤٠) رواه مسلم . مختصر صحيح مسلم ١٢٣٧ .
(٤١) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٤ وما بعدها .
(٤٢) نظرية الغرر للضرير ص ١٧ .
(٤٣) سورة النحل ـــ ٨٩ .

(**ما فرطنا فى الكتاب من شىء**) (٤٤) فان القرآن لم يشتمل على بيـــان كل الأشياء بخصوصها . وانما اشتمل على بيان بعضـــها بخصوصها وعلى سائرها بعمومها .

فكل شرط دل دليل خاص أو عام على منعه لايجوز اشتراطه ، وكل شرط دل دليل خاص أو عام على اباحته جاز اشتراطه .

ومن الأدلة العامة على الاباحة قوله تعالى : (**ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**) .

❊ رد ابن تيمية الدليل العقلى الذى استدل به ابن حزم :

رد ابن تيمية ما أورده ابن حزم من دليل عقلى على أن ايجاب الوفاء بالعقد أو الشرط لايكون الا من الزام الشـــارع لنا ، وألا يكون مخالفـــة للشرع .

يقال له (٤٥) .. هذا قول مقبول بالنسبة للعبادات ، لأن الأصل فيها التوقيف أى لايثبت الأمر بهـــا الا من الشـــارع .. وغير مقبول بالنسبة للعادات وهى مايحتاجه الناس فى دنياهم .. لأننا لو منعنـــا النـــاس من العقـــود والشروط الا ماورد به نص خاص لأوقعناهم فى الحرج المرفـــوع شرعا .. اذ قد يحتاجون الى عقد لم يرد به نص خاص .

ثم انه ليس فى الزام المرء نفسه بعقد أو شرط تغيير لمـــا شرعه الله .. الا اذا كان ماالتزم به المرء مما منعه الشارع .. بأن كان فيـــه تحليـــل للحرام أو تحريم للحلال .

فالعقود والشروط التى يلتزم بها المرء توجب ماكان مباحا بدونها عملا بقوله تعالى : (**أوفوا بالعقود**) ، ولا تحرم ماكان حلالا .. أو تحل ماكان حراما .

❊ كلمة لابد منها :

ينسب ابن تيمية منع انشاء العقود الا مانص عليه الشارع الى الكثير من فقهاء الحنفية ، والشافعية .. لكن الواقع من تتبعى لمـــا كتبه فقهـــاء هذين المذهبين أجد أن الراجح عندهما هو العكس .

---

(٤٤) سورة الأنعام ـــ ٣٨ .
(٤٥) القواعد النورانية ـــ ١٩٦ ـــ ٢١٠ .

فما نقلناه عن الامام الجصاص وهو الفقيه الحنفى الكبير فى تفسيره لقوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** ﴾ ما يفيد أن رأى الحنفية هو النص على اباحة انشاء العقود الا ماورد نص بحظر انشائه(٤٦).

ومما نقل عن الزيلعى وهو فقيه حنفى لامع مايفيد أن الأصل فى العقود الاباحة فقد جاء بكتابه التبيين .. فى مقام الرد على تعليل الشافعية تحريم الربا فى الأشياء الستة المنصوص عليها بالطعم : لا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل الحل .. والحرمة اذا ثبتت انما تثبت بالدليل الموجب لها. وهذا لان الأموال انما خلقت للابتذال .. فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز كل تصرف فيها مالم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح .. لأن الملك فيه يرد على البضع .. وهو محرم .. فيناسبه التضييق .. وهذا يدل على أن الأصل هو صحة التصرفات المتعلقة بالاموال بخلاف التصرفات المتعلقة بالابضاع للفرق بين محل الأولى ومحل الثانية (٤٧) .

ومن ذلك ماقاله الكاسانى فى البدائع (٤٨) عند الكلام على مشروعية شركة العنان وحاصله أن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استنماء المال متحققة .

وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعا .

ويقول أيضا عند الكلام عن مشروعية عقد المضاربة (٤٩) .. أن الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لأن الانسان قد يكون له مال لكنه لايهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لامال له .. فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين .. والله تعالى ماشرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم .

فهذه العبارات ونحوها صريحة فى أن صحة التصرفات عند الحنفية لاتتوقف على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها .. بل يكفى للحكم لصحتها أن تكون مشتملة على فائدة مقصودة .. ومحصلة للمصلحة، مع انتفاء المانع الشرعى من الصحة .

ولو كان مذهبهم فى العقود كما قال ابن تيمية لما صح منهم الاعتماد فى صحة عقد المفاوضة .. وقد خالفهم فيها بعض الفقهاء كالامام الشافعى،

---

(٤٦) راجع مانقلناه عن الجصاص فى ص ١٧ بالحاشية .

(٤٧) أنظر تبين الحقائق ٨٧/٤ .

(٤٨) انظر البدائع ٣٥٧٦/٧ وما بعدها .

(٤٩) نفس المصدر السابق ٣٥٨٨/٨ .

ومالك فى رواية على مجرد تحقق الفائدة فى هذا العقد مع انتفاء المانع الشرعى من صحته وجوازه ، بل كان اللازم فى مثل هذا المقام أن يأتوا بدليل معين من نص أو اجماع أو قياس يثبت هذه المشروعية ويفيدها .

وهناك ما يدل على أن الشافعية والمالكية أيضا يسلكون هذا الطريق الذى سلكه الحنفية .. فقد قرر علماء الأصول أن الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية ــ بل قد نقل بعضهم الاجماع كالنووى ــ على أن الاصل فى الأفعال العادية ــ (وهى ماليست بعبادة) ــ هو الاباحة والجواز . وأنه لايحرم شىء منها الا بدليل معين يدل على التحريم .. استنادا الى قوله تعالى : **(خلق لكم مافى الأرض جميعا)** (٥٠) . .

وغيره من الأدلة المثبتة بهذا الاصل .

فقد ذكره الامام الشافعى فى كتابه (الأم) والشاطبى فى (الموافقات) وهو ماذكرناه سابقا .

وليس بعد هذا صراحة فى اثبات أن الشافعية والمالكية يجعلون اباحة العقود هى الأصل ، وأن الحكم بفساد شىء منها هو الذى يتوقف على الدليل الخاص الذى يدل على ذلك .

وأمام هذه النقول الدالة على اتجاه هؤلاء الأئمة فى مسألة العقود لا يسعنا أن نوافق ابن تيمية فيما نسبه اليهم من القول بأن الأصل فى العقود عندهم الحظر الا ماقام الدليل المعين على اباحته وجوازه .

ولقد أنصف ابن القيم عندما قال (٥١) فى هذه المسألة (مسألة الأصل فى العقود (٥٢) أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان خطأ مالم يقم عندهم دليل على دعواهم .. وجمهور الفقهاء على خلاف هذا الاعتقاد اذ يرون أن الأصل فى العقود والشروط الصحة الا ماأبطله الشارع أو نهى عنه .. وهذا القول هو الصحيح .... فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها الله تعالى فانه لايجوز القول بتحريمها .. فان سكت عنها رحمة منه من غير نسيان واهمال فسكوته رحمة فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الاباحة فيما عدا ماحرمه .

---

(٥٠) البقرة ــ ٢٩ .

(٥١) اعلام الموقعين لابن القيم ١/٣٨٤ .

(٥٢) انظر فى هذا كله نظرية الشروط المقترنة بالعقد ــ لزكى الدين شعبان ص ١٩ ــ ٢٠

* **المبحث الخامس :**

* **رأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود :**

أخذ النظام الوضعى فى رأى الشريعة الاسلامية المبيح للعقود والشروط بشريطة الا تكون مخالفة لنص شرعى أو أن يكون الشارع قد نهى عنها .. وقد صاغ فقهاء النظام الوضعى هذا الرأى تحت عنوان مبدأ « سلطان الارادة » . ولتوضيح ذلك نقول :

مبدأ سلطان الارادة فى النظام الوضعى كان ضعيف المكانة فيما قبل القرن الثانى عشر الميلادى .. أما فى نهاية القرن (١٨ للميلاد) فقد أخذ يقوى حتى أخذ به أثناء عصر نابليون .. ومن ثم أخذ به القانون المدنى المصرى ..

فالعقد فى النظام الوضعى شريعة المتعاقدين لايجوز الغاؤه متى تم الرضا .. ويمكن أن يتم الالغاء برضاهما أيضا أو للأسباب التى يقررها القانون .

جاء فى المادة (١٤٧) فى الفقرة الأولى (٥٣) (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او للأسباب التى يقررها القانون) .. فعلى هذا .. يكون الأصل فى القانون أن ارادة كل من المتعاقدين حرة فى انشاء العقد غير مقيدة الا بالنظام العام والآداب (٥٤) .

فاذا ماخالف النظام العام أو الآداب يكون باطلا .. سواء ورد نص قانونى خاص بتحريم ذلك العقد أم لم يرد .. فالواضح من هذا أن مايراه القانون الوضعى فى حرية المتعاقدين فى التعاقد متوافق مع مايراه الفقه الاسلامى .. الا أنه يجب الانتباه الى فارق هام .. وهو أن الأحكام القانونية التى تخرج عن دائرة النظام العام والآداب ، كلها أحكام مقررة ، مفسرة لارادة المتعاقدين وليست أحكاما آمرة .. لهذا يجوز أن يتفق المتعاقدان على خلافها ويكون اتفاقهما هذا مقدما على أحكام القانون .. فيصير صحيحا باتفاق المتعاقدين مانص فى القانون على بطلانه فى حالة عدم الاتفاق على خلافة .

---

(٥٣) القانون المدنى المصرى — م/١٤٧ .

(٥٤) جاء فى المادة (١٣٥) من المدنى المصرى (اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا) .. وهى مؤيدة لهذا القول .

أما فى الفقه الاسلامى .. فان كل عقد نص الشارع على بطلانه لايمكن أن ينقلب صحيحا باتفاق المتعاقدين .. فالشروط التى يشترطها الفقهاء لصحة العقد اذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح ولو رضى المتعاقدان بتخلفه .

* المبحث السادس :

* الخلاصة مع الترجيح :

أن النظام الوضعى قد أخذ من الشريعة الاسلامية بجزء من هذا الموضوع وهو حرية الارادة فى انشاء العقود الا مانهى الشارع عنه ، وخالف الشريعة فى شق آخر وهو أنه بارادة المتعاقدين يجوز لهما التعاقد على مايخالف القانون وهذا لايجوز ولايصح فى الفقه الاسلامى .

يقول السنهورى (٥٥) .. « ما ذكره الفقهاء المسلمون من العقود المسماة انما هى العقود التى يغلب أن يقع بها التعامل فى زمنهم .. فاذا استحدثت الحضارة عقودا أخرى توافرت فيها الشروط المقرر فقها .. كانت عقودا مشروعة . وعلى هذه السياسة الشرعية جرى التقنين المدنى العراقى حيث جاء فى المادة (٧٥) « يصح أن يرد العقد على أى شىء مالا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون أو مخالفا للنظام العام أو الآداب » .

على أن دائرة النظام فى الفقه الاسلامى اوسع منها فى الفقه الغربى فتحريم العقود الربوية ، وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيرا من هذه الدائرة فى الفقه الاسلامى .. فالأصل اذن فى الفقه الاسلامى هو حرية التعاقد فى حدود النظام العام .. الا أن كثرة القواعد التى تعتبر من النظام العام تضيق من هذه الحرية .

* الرأى الراجح :

الذى أرجحه وأختاره بالعمل والفتوى هو مايراه جمهور الفقهاء وما صرح به الامام ابن تيمية ـ رحمه الله (٥٦) من أن الأصل فى العقود الاباحة وذلك للأسباب التالية :

١ ـ الأدلة الواردة على هذا الأمر لم تنتقض ، ولم يقدح فى دلالتها . ماقاله أصحاب الراى الثانى ، وما ساقوه من أدلة .

---

(٥٥) السنهورى فى مصادر الحق ٨١/١ .

(٥٦) انظر قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية فى مجلة البحوث الاسلامية مجلد (١) عدد (٢) ص ١٤٠ ـ ١٤١

٢ ــ اذا لاحظنا أن الشارع ينص فى عموماته على التيسير على الناس .. وأن هـذا الدين يسر لاعسر فيـه .. قـال الله تعـالى : « **وماجعل عليكم فى الدين من حرج** (٥٧) » .. فهذا وغيره يقتضى أن تطلق جرية المكلف فى أن ينشىء من عهد ووعد والتزام طالما مأنشـأه وينشئه لايخالف نصا صريحا من كتاب أو سـنة وهـذا يتفق مع قوله تعالى : « **فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه** (٥٨) » ..



(٥٧) الحج ٧٨ .
(٥٨) الملك ١٥ .

* الفصل الثالث :

* التعاقد على المعدوم :

التمهيد :

لـــما كان عقد الاستصناع قائما على أساس التعامل بشىء غير موجود وقت التعاقد اذ أن المال المستصنع غير موجود بصفته المطلوبة ..

لذا .. كان من الواجب اتماما للبحث ، واكمالا لموضوع الرسالة أن أورد نبذة عن بيع المعدوم فى نظر الفقه الاسلامى ، والنظام الوضعى ..

* المبحث الأول :

حكم بيع المعدوم عند الفقهاء :

لم يفرد فقهاء المذاهب الاسلامية لبيع المعدوم بحثا خاصا به .. بل انتشرت مسائله فى ثنايا المباحث التى تطرقوا اليها عند بيان أحكـــام المعاملات . وخاصة عند الكلام عن شروط الانعقاد .. وظهر ذلك فى كلامهم عن الشرط الخاص بضرورة وجود المبيع وقت العقد .. وكذا فى اشتراط كون المبيع معلوما (١).. وتفصيل ذلك فيما يلى :

عند الكلام عن شروط انعقاد البيع قال الكاسانى (٢) .. وأما الذى يرجع الى المعقود عليه فأنـــواع : منها : أن يكون موجودا فلا ينعقـــد بيع المعدوم ، وما له خطر العدم .. كبيع نتاج النتاج بأن قال بعت ولد ولد هذه الناقة ، وكذا بيع الحمل .. لأنه ان باع الولد فهو بيع المعدوم ، وان باع الحمل فله خطر العدم .

وقال ابن قدامة (٣) .. يجب ان يكون المبيع معلوما برؤية أو صفـــة تحصل بها معرفة المبيع .. ثم مثل لبيع المعدوم فقال : ان بيع حبـــل الحبلة (نتاج النتاج) فاسد لأنه بيع المعدوم ..

واشترط الشافعى أيضا .. أن يكون المبيع موجودا لامعدومـــا .. قال النووى (٤) وبيع المعدوم باطل بالاجماع .

---

(١) الشرح الكبير مع المغنى ٣/٤ .
(٢) البدائع ٢٩٩٦/٦ .
(٣) الشرح الكبير ٣/٤ .
(٤) المجموع شرح المهذب ٢٨٠/٩ .

* **المبحث الثانى :**

* **علة منع بيع المعدوم عند الفقهاء ومناقشتها :**

يتضح من ذلك كله .. أن كلمة الفقهاء متفقة على ضرورة أن يكون المبيع موجودا ، وأنبيع المعدوم فى أغلب صوره لايصح .. ويستشف من تعليلهم بمنع بيع المعدوم ما يلى :

١ ــ أنه بيع غرر ... والغرر يؤدى الى المنازعة ، وعدم استقرار التعامل ولهذا ورد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر للحديث المروى عن أبى هريرة ــ رضى الله عنه ــ أنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر» (٥)

* قال الشيرازى فى باب مانهى عنه من بيع الغرر وغيره .. لايجوز بيع المعدوم كالثمرة التى لم تخلق لما روى أبو هريرة ــ رضى الله عنه ــ أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر .. والغرر مانطوى عنه أمره وخفيت عليه عاقبته .. والمعدوم انطوى أمره وخفيت عليه عاقبته فلم يجز بيعه (٦) .

* وقال الشوكانى .. (ومن جملة بيع الغرر : بيع السمك فى الماء... والمعدوم (٧) .

الرد على ذلك :

ويرد على ذلك بأنه ليس فى هذا الدليل (٨) مايفيد أن بيع المعـــدوم لايجوز على الاطلاق .. فهو يفيد أن بيع المعدوم الذى فيه غرر لايجوز.. كما فى المثال الذى ذكره الشيرازى ، ولا يفيد أن كل معدوم لايجوز بيعه ، من المعدوم مالا غرر فى بيعه لأنه لاتخفى علينا عاقبته وذلك كما فى بيع الأشياء المعدومة وقت العقد ، ولكنها محققة الوجود فى المستقبل (٩) بحسب العادة كما فى السلم والاستصناع .

---

(٥) رواه مسلم وفى لفظ عن أبى هريرة ــ رضى الله عنه ــ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر .. كما فى منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٦٦/٥ . رواه الجماعة الا البخارى . أنظر مختصر صحيح مسلم ــ حديث رقم ٣٣٩ .

(٦) المهذب للشيرازى ٢٦٢/١

(٧) أنظر نيل الأوطار ١٦٧/٥

(٨) نظرية الغرر للضرير ٣٥٥

(٩) مصادر الحق للسنهورى ٣١/٣

※ التعليل الثانى لسبب المنع :

٢ ـــ أما التعليل الثانى لسبب منع بيع المعدوم فهو لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع المعاو(عن جابررضي الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة » . وفى لفظ بدل المعاومة (عن بيع السنين (١٠)) .

وجه الاستدلال :

ويستدل بهذا الحديث بما قال الشيرازى (١١) .. والمعدوم من المعاومة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المعاومة وبيع السنين .

الرد على هذا الاستدلال :

الدليل المذكور لايفيد المدعى لأنه يفيد النهى عن بعض أفراد المعدوم وهو بيع الثمر سنين ، والنهى عن بيع أفراد الشىء لايدل على النهى عن سائرها لأن النهى عن ذلك الفرد قد يكون بمعنى انفــراد به لايتحقق فى غيره من الأفراد كما فى النهى عن بيع السنين .. فان سبب النهى عنه الغرر الناشىء عن الجهل بوجوده فى المستقبل لاكونه معدوما ..

التعليل الثالث لسبب المنـــع :

٣ ـــ وممـــا استدل به على منع بيع المعـــدوم أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان .. فقد ورد عن حكيم ابن حزام أنه قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يأتينى الرجل يسألنى من البيع ماليس عندى .. أبتاع له من السوق ثم أبيعه .. قال : « لاتبع ماليس عندك » (١٢) ..

---

(١٠) هذا الحديث متفق عليه انظر منتقى الاخبارمع نيل الأوطار

ا ـــ **المحاقلة** : هى بيع الحتل بكيل من الطعام معلوم .
ب ـــ **المزابنة** : هى بيع النخل باوساق من التمر .
جـ ـــ **المعاومة** : هى بيع الشجر اعواما كثيرة .
د ـــ **المخابرة** : هى العمل على الأرض ببعض مايخرج منها والبذر من العامل .

(١١) المهذب ٢٦٢/١ .

(١٢)رواه الترمذى وفى لفظ آخر عن حكيم بن حزام قال : نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أبيع ما ليس عندى .. قال أبو عيسى : وهـــذا حديث حسن .. عارضه الأحوذى بشرح صحيح الترمذى ٢٤١/٥ .

وهذا النهى للوجوب عند المالكية (١٣) .. ويدخل فى المنهى عنه فى هذا الحديث اشياء كثيرة كبيع الآبق ، وبيع مالم يقبض وبيع مال الغير ، ويستثنى منه السلم بالشرائط المعتبرة فيه .. وكذا بيع مال الغير جائز موقوفا عند الأئمة الثلاثة .. عـــدا الشافعي فانه لايجوز (١٤) ..

ووجه الاستدلال عندهم (١٥) أن المبيع يتعين فلا يصح معدوما .. لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان الا فى الســلم لترخيصه صلى الله عليه وسلم ولضبطه بالوصف .. والا فىذمة مشتريه اذا هو كالمقبوض .

استدل بهذا الحديث على عدم صحة بيع المعدوم لأن النهى منصب على عدم جواز بيع ماليس عند الانسان .. وهذا يعنى أنه قد نهى عن بيع ماهو معدوم وليس موجودا عند الانسان ثم يذهب الى الســوق ويشتريه ليسلمه للشخص الذى باعه له (١٦) ..

الرد على هذا الدليل :

ان قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ماليس عندك » تعنى (١٧) ماليس مملوكا للبائع .. ولا يدخل فيها المعدوم ولا المملوك الغائب عن مجلس العقد ولا الأشياء المباحة ذلك ما تدل عليه قصة الحديث فقد روى (١٨) أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس اشياء لايملكها .. ويأخذ الثمن منهم .. ثم يدخل السوق فيشترى الاشياء ويسلمها لهم .. فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « لا تبع ماليس عندك » ولأن بيع ماليس عند الانسان بطريق الأصـــالة عن نفسه تمليك مــالا يملكه بطريق الأصالة عن نفسه وقت العقد .. على أن يمضى الى السوق فيشتريه ويسلمه للمشترى .

قال شمس الدين بن قدامة (١٩) : لايجوز بيـــع مالا يملكه ليمضى فيشتريه ويسلمه رواية واحدة وهو قول الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا .

(١٣) نفس المصدر السابق .
(١٤) التعليق المحمود على سنن ابى داود ٤٩٥/٢
(١٥) أنظر نظرية الغرر للفرير ٣١٨ — ٣١٩ .
(١٦) نفس المصدر السابق — ٣١٨ — ٣١٩ ، ٣٥٦ .
(١٧) البدائع ٣٠١٤/٦
(١٨) نفس المصدر السابق .
(١٩) الشرح الكبير مع المغنى ١٩/٤

قول ماتقدم (٢٠) على أن عدم جواز بيع ماليس عند البائع .. خاص فيما كان فيه البيع حالا كما يستفاد من قصة الحديث السابق الذكر .. ولأن هذه هى الحالة التى يتصور فيها النزاع .

أما لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن فان هذا ينطبق عليه حكم تأجيل قبض المبيع ، ولا يدخل تحت بيع المعدوم حالا .

وربما يقال : اذا لم يجز بيع الموجود غير المملوك .. فمن باب أولى لايجوز بيع المعدوم لأنه غير مملوك حتما .

الجـــواب :

ويجاب عن هذا القول بأنه منطق سليم .. لكن يجب أن يقيد عدم جواز بيع المعدوم بما قيد به بيع ماليس عندك وهو كون البيع وقع على أن يسلم المبيع فى الحال .. فانه مع هذا القيد لايختلف أثنان فى أن بيع المعدوم لايجوز (٢١) لأن فيه غرر .. فعلة المنع موجودة فىهذه الحالة .. وبذلك كان بيع المعدوم ليس ممنوعا فى كل الأحوال بل فى حالة واحدة هى نشوء غرر في بيعه .

* المبحث الثالث :

* رأى ابن القيم فى بيع المعدوم :

يرى ابن القيم (٢٢) بأن بيع المعدوم جائز اذا لم يكن فيه غرر وعزا هذا الرأى الى عدم ورود دليل من الكتاب ولا من السنة ولا من أحدالصحابة على ان بيع المعدوم لايجوز .. لابعموم لفظ ، ولا عموم معنى .

وانما ورد النهى عن بيع الأشياء التى هى معدومة كما ورد النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة .. والى أن الشارع أورد نصا بجواز بعض المعدوم كبيع الثمر بعد بدو صلاحه مستحق الابقاء الى كمال الصلاح ..

---

(٢٠) أنظر نظرية الغرر ص ٣٢٠

(٢١) أنظر نظرية الغرر للضرير ٣١٨ — ٣١٩ .

(٢٢) **ابن القيم** : هو محمد بن ابى بكر بن سعد بن حريز الزرعى ثم الدمشقى الملقب بشمس الدين المعروف بابن القيم الجوزية — ولد سنة ٦٩١ هـ — تتلمذ على ابن تيمية ، وتوفى سنة ٧٥١ هـ — الأعلام للزركلي ٢٨١/٦ ، الدرر الكامنة ٤٠٠/٣

والخطر هو للغرر لاللعدم .. كما جاء فى أعلام الموقعين (٢٣) مانصه : « أما المقدمة الثانية وهى أن بيع المعدوم لايجوز .. فالكلام عليها من وجهين ..

أحدهما : منع صحة هذه المقدمة اذ ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا فى كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لايجوز لابلفظ عام ولا بمعنى عام .. وانما فى السنة النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة كما فيها النهى عن بعض الاشياء الموجودة .. فليست العلة فى المنع لاالعدم ، ولا الوجود بل الذى وردت به السنة النهى عن بيع الغرر .. وهو مالا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا أو معدوما كبيع العبد الآبق ، والبعير الشارد ، وان كان موجودا .. اذ موجب البيع تسليم المبيع .. فاذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار فانه لايباع الا بوكس .. فان أمكن المشترى تسلمه .. كان قد قمر البائع .. وان لم يمكنه ذلك قمره البائع وهكذا المعدوم الذى هو غرر نهى عنه للغرر لاللعدم كما اذا باعه ماتحمل هذه الأمة .. او هذه الشجرة .. فالمبيع لايعرف وجوده ولاقدره ، ولاصفته .. وهذا من الميسر الذى حرمه الله ورسوله .. ونظير هذا فى الاجارة أن يكريه دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة .. وكذلك فى النكاح اذا زوجه أمة لايملكها أو ابنة لمتولد له .. وكذلك سائر عقود المعاوضات بخلاف الوصية فانها تبرع محض فلا غرر فى تعلقها بالموجود والمعدوم ، وما يقدر على تسليمة اليه وما لايقدر » .

ثانيهما : « أن نقول : بأن الشرع صحح بيع المعدوم فى بعض المواضع ، فانه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه .. والحب بعد اشتداده ، ومعلوم أن العقد انما ورد على الموجود ، والمعدوم الذى لم يخلق بعد .. والنبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعه قبل بدو صلاحه وأباحه بعد بدو الصلاح (٢٤) .

---

(٢٣) الجزء الأول / ٤٦٢ — ٤٦٣

(٢٤) يقصد حديث النبى صلى الله عليه وسلم الذى ورد بعدة الفاظ منها (عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع) .. رواه الجماعة الا الترمذى .. منتقى الاخبار مع نيل الأوطار ١٩٥/٥ .

* المبحث الرابع :

* القاعدة فى منع بيع المعدوم :

لابد أنتكون هناك علة للمنع غيركون الشىء معدوما ، وهذه العلة(٢٥) واضحة لمن تتبع مامنعته النصوص وما أجازته من بيع المعدوم وهى كما قرر ابن تيمية (٢٦) الغرر .. وهى علة مضطردة لاتحوجنا الى استثناءات أو مخالفة للقياس .. والغرر فى بيع المعدوم لايتحقق الا فى حالة ما اذا كان المبيع مجهول الوجود .. لأنه ان كان المبيع محقق العدم فلا غرر فى هذا .. والبيع باطل بداهة لاستحالة التنفيذ .. وان كان المبيع محقق الوجود .. فلا غرر أيضا ، والبيع صحيح .. واذا تتبعنا مامنعه الشارع من بيع المعدوم ، وما اجازه منه .. نجد أن كل مامنعه المبيع فيه مجهول الوجود .. وان كل ماأجازه منه ، المبيع فيه محقق الوجود عادة ، وأن كان معدوما وقت العقد ...... **فالقاعدة** التى ينبغى السير عليها فى بيع المعدوم هى « أن كل معدوم مجهول الوجود فى المستقبل لايجوز بيعه ، وأن كل معدوم محقق الوجود فى المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه » .

* المبحث الخامس :

* الاستصناع وبيع المعدوم :

بعد أن فصلنا القول فى بيع المعدوم وقبل هذا ذكرنا أن الاستصناع فيه شبه ببيع المعدوم .. نريد هنا بيان هذا ، وكيف خرج من المنع .. وهل فيه غرر أم لا ؟

راى الحنابلة فى الاستصناع :

من واقع ما استطعت أن أطلع عليه من مراجع فقهية معتمدة لدى المذهب الحنبلى .. تتبعت ماجاء فى الفروع (٢٧) والانصاف (٢٨) ، وغيرهما

---

(٢٥) انظر نظرية الغرر للضرير ص ٣٥٨ وما بعدها .
(٢٦) القياس فى الشرع الاسلامى لابن تيمية ، وابن القيم ص ٢٦ — ٢٧ .
(٢٧) الفروع ٢/٢٣
(٢٨) الانصاف ٤/٣٠٠

عن القاضى (٢٩) وأصحابه وغيرهم بأن الاستصناع بيع ماليس عند الانسان لاعلى وجه السلم .. ولما كان كذلك نريد أن نعرف مامعنى بيع ماليس عند الانسان عند الحنابلة ؟ .

توضيح :

نفهم مما جاء فى الفروع والانصاف بأن المنع لعقد الاستصناع فى فهم الحنابلة هو انه عقد بيع غير الموجود لاعلى وجه السلم . .ويقصد بذلك أنه بيع لم يشترط فيه تأجيل تسليم المبيع كما هو المتبع فى عقد السلم ليكون جائزا عندهم .

وهذا الذى ذكره الحنابلة تعليلا للمنع .. لايصلح أن يكون علة لمنع الاستصناع لأمور اهمها **ما يلى :**

١ — **عقد الاستصناع :** عقد مسمى لايخالف نصا من نصوص الشريعة صريحا فى منعه وهو فى نفس الوقت عقد اجازته احدى مصادر التشريع المختلف فيه وهو الاستحسان اضافة الى أنه عقد أجازته السنة.

٢ — **عقد الاستصناع** .. من العقود التى تعارف الناس عليها والرسول صلى الله عليه وسلم لم يبطل كل العقود التى جرى تعارف الناس عليها طالما كانت محققة لمصالح المسلمين وغير جالبة للنزاع أو الضرر .

٣ — **الفهم** بأن الاستصناع عقد على بيع حال يشترط فيه تسليم المبيع فورا مع أنه غير موجود فهم لاينطبق وواقع هذا العقد .

٤ — المعقود عليه لاغرر فيه فهو موصوف معلوم وهو مقدور التسليم فكل أسباب الغرر منتفية ، واكثر أسباب النزاع فى هذا العقد غير واردة ، فلا يكون النهى الوارد فى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » .. منصبا عليه وهذا الذى ذكره

---

(٢٩) **القاضى :** هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء القاضي الكبير أبو يعلى امام الحنابلة — ولد سنة ٣٨٠ هـ — وتوفى سنة ٤٥٨ هـ ببغداد من شيوخه أبو الحسن السكرى .. اما عدد أصحابه فجم غفير منهم ابن الانبارى أبو منصور ، وابو بكر المقدس وغيرهما .. **اهم مصنفاته :** أحكام القرآن ، المعتمد ، عيون المسائل ، العدة فى أصول الفقه ، الكفاية ، الخلاف الكبير، الى آخره .. انظر المنهج الاحمد فى تراجم اصحاب الامام أحمد ١٠٧/٢ .

ابن القيم (٣٠) .. فقد قال « أما قول النبى صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام « لا تبع ما ليس عندك » فيحمل على **معنيين** :

* **احدهما** : أن يبيع عينا معينة ، وهى ليست عنده بل ملك للغير فيبيعها ثم يسعى فى تحصيلها وتسليمها للمشترى ..

* **ثانيهما** : أن يريد بيع مالا يقدر على تسليمه ، وان كان فى الذمة .. وهذا أشبه ...... فليس عنده حسا ولا معنى .. فيكون قد باعه شيئا لايدرى هل يحصل له أم لا ؟

فعلى المعنى الأول .. نحن نعرف أن الاستصناع ليس هو بيع عين معينة بل هو بيع شىء موصوف فى الذمة حتى لو جاء به من مصنع آخر لجاز أخذه ..

وعلى المعنى الثانى .. عقب ابن القيمبقوله (٣١) .. فأما اذاكان على ثقة من توفيته عادة .. فهذا محض القياس والمصلحة .

وفى الاستصناع يشترط أن يكون التعامل قد جرى العرف به من حيث المادة المطلوب صنعها ووقت التسليم والقدرة على التسليم ودفع الثمن مقدما أو عدم دفعه فان توفر شرط التعامل يكون الاستصناع صحيحا عند الحنفية .. والا فلا (٣٢) ..

لهذا .. أرى انه بناء على أصول الحنابلة فى البيع والسابق بيانها يكون هذا العقد من العقود التى يجوز انشاؤها وابرامها طبقا لهذه الأصول كما ذهب اليه ابن القيم من أن بيع المعدوم ليس منهيا عنه مطلقا .. وبناء على راى الحنفية من أن الاستصناع ليس ببيع معدوم مطلقا أو عدما محضا .. بل هو معدوم فى حكم الموجود كما سنبين ذلك فيما بعد :

وهذا الراى لى أحتفظ به عن موقف الحنابلة وهو اجتهادى والله أعلم

---

(٣٠) اعلام الموقعين ٤٧١/١

(٣١) اعلام الموقعين ٤٥٠/١

(٣٢) انظر الشروط الخاصة للاستصناع فى هذه الرسالة ص ١٥٦

راى الحنفية :

قال الكاسانى (٣٣) عن الاستصناع .. أماجوازه فالقياس أن لايجوز.. لأنه بيع ماليس عند الانسان لاعلى وجه السلم .. « وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم » ثم قال أيضا « وقد خرج الجواب عن قوله أنه معدوم لأنه الحق بالموجود لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه ، فلم يكن بيع ماليس عند الانسان على الاطلاق .

قال صاحب العناية (٣٤) .. (القياس يقتضى عدم جواز «الاستصناع» لانه بيع المعدوم .. وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له أجل) .

وقال ابن الهمام (٣٥) .. ولايصح بيعا (أى الاستصناع) لأنه بيع معدوم .

---

(٣٣) البدائع ٢٦٧٨/٦ .. اما عن كلامه فى ان الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم .. فقد تكلم عنه صاحب نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية ٤٥/٤ فقال : روى ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم قلت : غريب بهذا اللفظ .. وقوله (رخص فى السلم) هو من تمام الحديث لا من كلام المصنف صرح بذلك فى كلامه .. ولكنى رايت فى شرح مسلم للقرطبى ما يدل على أنه عثر على هذا الحديث بهذا اللفظ .. فقال : مما يدل على اشتراط الاجل فى السلم الحديث الذى قال فيه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عندك ورخص فى السلم » فقال : لان السلم لما كان بيع معلوم فى الذمة كان بيع غائب فان لم يكن فيه أجل كان هو البيع المنهى عنه .. وانما استثنى الشرع السلم من بيع ماليس عندك لانه بيع تدعو الضرورة اليه لكل واحد من المتبايعين .. فان صاحب راس المال محتاج الى ان يشترى الثمر وصاحب الثمر يحتاج الى ثمنه لينفقه عليه .. وظهر أن صفقة السلم من المصالح الحاجية .. وقد سماه الفقهاء بيع المحاويج .. فاذا كان حالا بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصلحة .. ولم يكن لاستثنائه من بيع ماليس عندك فائدة » .. أ.هـ .

وقد أخذ منها على أن الحنفية يرون أن السلم والاستصناع وغيرهما جاء على خلاف القياس كما في نظرية الغرر للضرير ص ٣٥٧ يذكرفيها أن القول ببطلان بيع المعدوم مطلقا قول لاتؤيده الأدلة بل هو قول يعارضه كثير من الأحكام المتفق عليها .. فقد أدرك هذا القائلون ببطلان بيع المعدوم وخاصة الحنفية فقرروا أن البطلان هو القياس .. وأن هناك عقودا تجوز استحسانا مع أن المحل فيها معدوم من أوضحها الاجارة والسلم والاستصناع فهذه العقود وأشباهها معاورد النص بجوازها جاءت على خلاف القياس عندهم».

(١٣٣) اي المستصنع فيه

(٣٤) العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥

(٣٥) شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

* المبحث السادس :

* رأى النظام الوضعى فى بيع المعدوم :

لما كان محل الالتزام فى المعدوم غير موجود (حاليا)!!بل هو ممكن الوجود فى المستقبل .. ففى النظام الغربى الوضعى (٣٦) « ينعقد العقد صحيحا حتى لو لم يكن الشىء موجودا ، مادام أنه ممكن الوجود فى المستقبل ، ولا يشترط أن يكون الشىء موجودا فعلا وقت التعاقد .. بل ينعقد العقد صحيحا حتى لو لم يكن الشىء موجودا مـادام أنه ممكـن الوجود فى المستقبل ، وكثيرا مايقع أن يبيع صاحب مصنع قدرا معينا من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعه » ..

وفى الوسيط (٣٧) « اذا كان الالتزام محله حق عينى .. فالشىء الذى تعلق به هـذا الحق يجب أن يكون موجودا .. والمعنى المقصـود من الوجود هو أن يكون الشىء موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

فاذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شىء موجود فعلا وقت نشوء الالتزام . جاز أن يقع الالتزام على أن يوجد فى المستقبل .. فعلى هذا يشترط وجود الشىء المبيع وقت العقد اذا قصد المتبايعان التعاقد على شىء موجود فعلا .. فاذا ظهر فى هذه الحالة أن المبيع لم يكن موجودا وقت العقد فان البيع لاينعقد .. وذلك كما لو باع شخص منزلا ثم ظهر أن المنزل احترق قبل العقد أو وقته ..

ويشترط أيضا الا يكون المبيع مستحيل الوجود اذا كان التعاقد على شىء مستقبل . لهذا يمكن أن نأخذ هذين الشرطين من المدنى المصرى (٣٨) فى المادة التى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا » .

وفى الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من المدنى المصرى (٣٩) مايدل على جواز بيع الأشياء المستقبلة حيث تقول «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا » .. وهو يعنى أن بيع الأشياء المعدومة وقت العقد جائز قانونا مادام وجودها محتملا فى المستقبل .

---

(٣٦) مصادر الحق للسنهورى ٨/٣

(٣٧) الوسيط للسنهورى ٣٧٦/١

(٣٨) القانون المدنى المصرى م/١٣٢

(٣٩) المدنى المصرى م ١٣١

المناقشة :

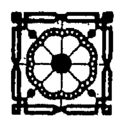
مما تقدم .. يتبين لنا أن بيع الأشياء المستقبلة المحققة الوجود بحسب العادة يجوز بيعها في الشريعة والنظام الوضعى كالسلم، والاستصناع ..

أما المحتمل وجودها من الأشياء المعدومة .. فان الشريعة الاسلامية تمنعها. حين نجد النظام الوضعى يجيزها .. فالنظام الوضعى يجيز مثلا بيع ماتنتجه الأرض ولو قبل زراعته .. وهذا ممنوع في الفقه الاسلامي .. وهو اختلاف واسع جداً بين النظام الوضعى ونظام الله المتين.

* المبحث السابع :

* حكمة مشروعية الاستصناع:

يقوم الاسلام على اساس حفظ النفس والبدن والمال وغير ذلك ، وسدحاجات الامور المذكوره اعلاه يكون بعدة صور منها القيام بالصنع الذي يعتبر الطريق الأمثل امام الجميع منذ القدم. فوضع الاسلام الاسس العامة للتعامل بالصناعات ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض. فالصانع يجعل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة وفق شروط طالبها وهو المستصنع، اما الموجود بالسوق من حاجيات سابقة الصنع قد لاتفي بالغرض وليس هناك سوى الاستصناع أو عقد المقاولة كحل لسدحاجات المجتمع الاسلامي المتكامل المتطور.



الباب الأول
مفهوم الاستصناع، وهل هو عقد أم وعد ؟

* * *

الفصل الأول : تعريف الاستصناع .

الفصل الثاني : هل الاستصناع عقد أم وعد؟

الفصل الثالث : تعريف العقد بصورة عامة.



الفصل الأول : تعريف الاستصناع .

* المبحث الأول :

* التعريف اللغوى للاستصناع :

جاء فى لسان العرب (١) .. (صنعه يصنعه صنعا فهو مصنوع ، وصنع اى عمله . ومن ذلك قوله تعالى (صنع الله الذى أتقن كل شىء (٢) ... الآية)

قال ابو اسحق .. قراءة صنع بالنصب ، ويجوز بالرفع ، فمن نصب فعلى المصدر اى كأنه قال : صنع الله ذلك صنعا .. ومن قرأ بالرفع : صنع الله .. فعلى معنى«ذلك صنع الله»..

ويقال .. اصطنع فلان خاتما .. اذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما.. روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٣) : « اصطنع خاتما من ذهب كان يجعل فصه فى باطن كفة اذا لبسه .. فصنع الناس ثم انه رمى به » اى أمر أن يصنع له كما تقول : اكتتب اى أمر أن يكتب له .. والطاء فى اصطنع بدل من تاء الافتعال أى أبدلت التاء طاء لوجود الصاد قبلها ..

واستصنع الشىء .. أى دعا الى صنعه ..

والصناعة هى : حرفة الصانع وعمله الصنعة .. وأما الصناعة فهى ما تستصنع من أمر .

وفى الصحاح (٤) .. الصنع بالضم : مصدر قولك صنع اليه معروفا .. وصنع به صنيعاً قبيحا .. اى فعل .. وصنعة الفرس ايضا حسن القيام (عليه .. فتقول : صنعت فرس صنعا وصنعة فهى فرس صنيع).

---

(١) راجع لسان العرب لابن منظور / باب صنع .. وتاج العروس للزبيدى — فصل الصاد من باب العين ، ومعجم متن اللغة — لاحمد رضا ٥٠٠/٣ .

(٢) النحل / ٨٨ .

(٣) هذا حديث صحيح ثابت وله طرق فى الصحاح اخرجه فى كتابيهما من عدة طرق انظر النهاية فى غريب الحديث والأثر ٥٦/٣ .. نقلا عن الاعتبار ص ٢٢١ — ٢٣٣

(٤) الصحاح للجوهرى — باب صنع .

ويقال سيف صنيع : اى مجلو ، وامزاه صناع اليدين : أى امـــرأة حاذقة ماهرة بعمل اليدين ، ورجل صنيع اليدين : وصنع اليدين أيضا بكسر الصاد : اى صانع حاذق .

ويقال : اصطنعت عند فلان صنعة ، واصطنعت فلانا لنفسى وهو صنيعتى اذا اصطنعته وخرجته .

الخلاصـــة :

عرفنا أن الاستصناع فى اللغة .. هـــو : طلب عمل الصـــنعة من الصانع فيما يصنعه .. وكان الواضح من العرف اللغوى أن الاستصناع هو أن يطلب من صانع أن يعمل له شيئا ما ويصنعه مما هو من حرفته وصناعته .. كالرجل يطلب من الخياط أن يصنع له ثوبا ومن صانع له حذاء .. وعلى نطاق أوسع فيما بين الدول كأن تطلب الدولة من مؤسسة ما أن تصنع لها سيارات معينة أو طائرات على أوصاف تختلف عما هو موجود فى البلد المصنوع .. أو آلات انتاجية اخترعها شخص مـــا فى بلدها ..

فالفهم اللغوى .. له تأثير واضح فى تحديد الاستصناع عند الفقهاء كما سيأتى

*** المبحث الثانى :**

*** التعريف الاصطلاحى للاستصناع عند الفقهاء :**

التمهيد : .

ان تجديد معنى الاستصناع عند الفقهاء واعترافهم بمشروعيته أو عدمها يأخذ اتجاهين هما :

الأول : وهو اتجاه اكثر الحنفية .. وصورته واضحة عندهم على انه عقد مستقل أو ما يسمى فى عرف النظم الوضعية عقد مسمى .

الثانى : وهو اتجاه المذاهب الثلاث «المالكية ، الشافعية ، الحنابلة» وصورته عند اكثرهم قريبة الى صورته عند الحنفية .. لكنهم منعوه ولم يعطوه ذلك الاهتمام الكبير الا أن السلم بالصناعات كان البديل عندهم فى التعامل بالصناعات .

الفرع الأول تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول (الحنفية)

يأخذ التعريف بالاستصناع عند فقهاء الحنفية طريقين :

الطريق الأول : تعريفه بذكره صوره (التعريف بالرسم (٥))

الطريق الثانى : تعريفة بالحد (٦) ..

واليك تفصيل هذا ..

الطريق الأول : (التعريف بذكر صوره أى بالرسم)

ذكر كثير من فقهاء الحنفية صـــورا للاستصناع للتعريف به نذكر من اقوالهم مايلى :

السرخسى : قال الامام السرخسى (٧) : فى مبسوطه استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستا (٨) أو كوزا أو آنية من النحاس .. وبمثله قال السمرقندى (٩) وغيره ..

الكاسانى : قال الكاسانى (١٠) : « لو قال انسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل لى خفا أو آنية من آديم أو نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع مايعمل وقدره وصفته .. فيقول الصانع نعم » .. وبمثل هذا قال : البـــابرتى (١١) : وأبو بكر بن المنذر (١٢) ..

---

(٥) الرسم : هو لفظ وجيز مميز المخبر عنه مما سواه فقط دون أن ينبىء عن طبيعته كقولك الانسان هو ضاحك فانك ميزت الانسان بهذا اللفظ تمييزا صحيحا مما سواه الا انك لم تخبر بطبيعته لانك لو توهمت الضحك مرتفعا عن الانسان لم تبطل بذلك عنه الانسانية ... أنظر الأحكام لابن حزم ٣٤/١ — مطبعة الامام — مصر .

(٦) الحد : هو لفظ وجيز يدل على طبيعة الشىء المخبر عنه كقولك الجسم : هو كل طويل عريض عميق فان الطول والعرض والعمق هى طبائع الجسم لو ارتفعت عنه ارتفعت عنه الجسمية ضرورة ... أنظر الأحكام لابن حزم ٣٤/١ .

(٧) المبسوط ١٣٨/١٢ .

(٨) الطست فى لغة ، والطس فى لغة اخرى لطى .. وهو اناء يستعمل للغسيل انظر مختار الصحاح — باب الطاء .

(٩) انظر تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ ، وراجع مخطوطة جامع الصدر الشهيد ترتيب الجامع الصغيرة للامام محمد بن الحسن ٦٣/١ .

(١٠) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(١١) العناية على الهداية ٣٥٤/٥ .

(١٢) مخطوطة الاشراف فى مسائل الخلاف والاجماع ص ٢٧ — فقد جاء مانصـــه : **« واختلفوا فى الرجل يستصنع عند الرجل الشىء مثل الطست والابريق والقلنسوة والخف وما اشبه ذلك .. فوصف له صنعة معلومة معروفة عند أهل العلم بتلك الصناعة .... انتهى ..**

الكمال بن الهمام (١٣) : أما ابن الهمام فقد زاد فى أمثلة وصور الاستصناع التى تمثل ماكان معروفا فى عصره كصناعة الزجاج والحديد والطواحن وغير ذلك .. وبما يقارب هذا وذلك قال ملا خسرو (١٤) .

مجلة الأحكام العدلية :

وأما مجلة الأحكام العدلية المتأخرة عصرا .. فقد جاءت بصور أخرى تدل على مافى ذلك العصر من صور جديدة .. ففى المادة (٣٨٨) مانصه (١٥) : مثلا : لو أرى المشترى رجله لخفاف وقال له : أصنع لى زوجى خف ..... أو تقاول مع نجار على أن يصنع له زورقا أو سفينة وبين طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع .. كذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشا ، وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع .

ماتفيده هذه الصور من نوع المال المصنوع :

ماذكره الفقهاء من أمثلة وصور وهى كثرة قد أفادتنا بما يلى :

١ ــ ذكروا أمثلة الاستصناع عندهم وفى وقتهم وهى المعتادة والمتعارفة بين الناس . فالسرخسى ذكر الخف وبمثله قال السمرقندى والكاسانى والبابرتى وابن الهمام . فهؤلاء جميعا جاءوا بنفس الصورة تقريبا : الخف والطست والقلنسوة .. الخ أما فى العصور المتأخرة : فقد اتسعت الحضارة ، وبدت أشياء مصنوعة جديدة كما فى عهد العثمانيين .. فنجد الأمثلة قد توسعت الى الثياب والأسلحة حربية كانت أو سلمية .. والسفن الشراعية وما الى ذلك .

= * وابن المنذر : هو ابو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابورى كان فقيها عالما صنف فى اختلاف العلماء كتبا لم يصنف مثلها ــ توفى سنة ٣٠٩ هـ ــ أو سنة ٣١٠ هـ ــ واجع وفيات الاعيان ٤٤/٣ نقلا عن نظرية الاباحة لمدكور ص ٤١١ .

(١٣) فتح القدير ٣٥٤/٥ .

(١٤) الدرر الحكام فى شرح غرر الاحكام ١٩٧/٢ .

(١٥) مجلة الأحكام العدلية ــ مادة (٣٨٨) .. انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر .. وأنظر شرح المجلة المذكورة لباز ص ٢١٨ .

٢ ـ المادة الخام : أما المادة الخام المستعملة فى هذه الأدوات المصنوعة فالملاحظ أنها تتكون من النحاس والجلد الا أن بعضهم كابن الهمام ذكر الحديد والزجاج والطواجن التى تتكون عادة من الآجر .

٣ ـ وأخيرا .. فهذا لايمنع أن تدخل اليوم فى الاستصناع أنواع جديدة ومواد خام لمتكن مستعملة سابقا .. فالطائرة والصاروخ والبيوت الجاهزة والسيارات والأثاث ومواد البناء والآلات الدقيقة كالساعات وغير ذلك من المعدات التى يحتاجها العصر الخاضر .. وتملى علينا الظروف الصحية والاقتصادية والتعليمية والزراعية والصناعية الحاجة اليها والتى تعورف على الحصول عليها عن طريق الاستصناع . يمكن أن يدخل التعامل بها عن طريق الاستصناع ..

الطريق الثانى لتعريف الاستصناع :

*** التعريف بالحد :**

بعد أن ذكرنا من عرفه بذكر أمثلته وصوره نبين هنا من أراد تعريفه بالحد وهو عند الحنفية على اتجاهين :

الاتجاه الأول :

* العينى (١٦) : قال العينى .. الاستصناغ هو (أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئا بثمن معلوم) .

* ابن عابدين (١٧) : قال ابن عابدين هوطلب العمل منه فى شىء خاص على وجه مخصوص .

* مرشد الحيران (١٨) : وبمثل تعريف ابن عابدين ذكرفى مرشد الحيران وغيره (١٩) .

---

(١٦) رمز الحقائق شرح كنز الدقائق ٥٦/٢ ، ٥٧

(١٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢٢٣/٥ .

(١٨) مرشد الحيران / محمد قدرى باشا م / ٤٦٢ .

(١٩) عرفه من المعاصرين الشيخ على الخفيف ، والشيخ فهمى ابو سنة .. الا أن ابو سنة زاد فى تعريفه قيدا هو من الشروط التى وضعتها المجلة فى الاستصناع بصورة خاصة فقال فى ص ١٣٨ من كتابه « العرف والعادة » (أن يطلب من الصانع عمل شىء مادته من عنده على وجه خاص)

مما سبق .. يتبين أن المعرفين للاستصناع لم يبينوا كونه عقدا أو وعدا، وهل هو بيع أم غير بيع .. فهذا الاتجاه فى التعريف هو الذى دفعنا الى تقديمه على غيره من التعريفات .. لأن الاطلاق هذا يجعل لهذا النوع من التعريف مكانة خاصة . علما بأن تعريف مرشد الحيران لايختلف عن ابن عابدين شيئا .. وكلاهما لايختلفان عن العينى الا أن التعريفين الاخرين زادا التخصيص فى الشىء والوجه المخصوص وهما وصف للشىء المذكور عند العينى لا أكثر .

والذى أراه أن هذه التعريفات هى نفس المعانى التى يراها الحنفية فى أن الاستصناع نوع من البيع .. لأن طلب المادة مع الصنعة وبثمن **معلوم يستدعى مبادلة مال بمال بالتراضى عند الحنفية (٢٠) .. والبيع عند** اطلاقه يكون عقدا لا وعدا .

الاتجاه الثانى :

وبصيغة أخرى عرفه بعض الحنفية على النحو الآتى :

هو بيع : قال ابن عابدين (٢١) .. الاستصناع هو (بيع عين موصوفة فى الذمة لابيع عمل) .

هو عقد : ومنهم من صرح تصريحا واضحا بكون الاستصناع عقدا منهم الكاسانى والسمرقندى قال الكاسانى (٢٢) : يرى بعض الفقهاء أن **الاستصناع** هو « عقد على مبيع فى الذمة » .. قال السمرقندى (٢٣) أن الاستصناع « عقد على مبيع فى الذمة وشرط عمله على الصانع » .

وبمثل هذا القول .. نقل لنا الكاسانى قول بعض الفقهاء (٢٤) .

هو عقد مقاولة (٢٥) :أما مجلة الأحكام .. فترى أنه « عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا » .

---

(٢٠) فتح القدير / ابن الهمام / ٧٣/٥ .

(٢١) حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ .

(٢٢) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٢٣) نفس المصدر السابق .

(٢٤) تحفة الفقهاء للسمرقندى ٥٣٨/٢ .

(٢٥) تاوله فى أمره وتقاولا أى تفاوضا — انظر مختار الصحاح باب القاف .. وعقب **على حيدر فى شرحه بأن هذا تعريف الاستصناع شرعا فى المجلة .. انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٩٩/١ . لعلى حيدر .**

ومن كل ما تقدم .. يمكن أن نستخلص ماهية وحقيقة عقد الاستصناع عند الحنفية بالكيفية التى توصلت اليها المجلة العدلية بقولها « اذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع اصنع لى الشىء الفلانى بكذا قرشا وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعا » . ومثلت أمثلة من واقع الأمر كما لو طلب الصنع من النجار فى صنع الزورق أو السفينة أو السلاح (٢٦) .

المقارنـــة :

من التعاريف السابقة عرفنا بأن تعريف البعض من فقهاء الحنفية له شبه كبير بالتعريف الذى ساقه البعض الآخر ، ولتفصيل هذا نقول :

الســـمرقندى .. عرفـــه كتعريف بعض الفقهاء المنقول لنا عنـــد الكاسانى .. وتعريف العينى شابهه تعريف ابن عابدين .. الا أن ابن عابدين لم يذكر قيد « بثمن معلوم » وأن هذا القيد معروف بديهيا فى عقود المعاوضات .. فما دام الصانع يستعد بالمادة الخام والعمل فلا بد أن يكون فى أغلب الأحوال بثمن معلوم ..

ولكن تعريفهما مع ترك هذا القيد يقرب جدا الى تعريف السمرقندى والتعريف الذى نقله لنا الكاسانى .. لأنهما ذكرا قيد « بطلب العمل من الصانع » والمعروف أن الصانع اذا ما طلب منه صنع شىء ما وتم القبول منه صار عقدا .. وتعريف السمرقندى وتعريف بعض الفقهاء متفقان على أن الاستصناع عقـــد » .

التعريف المختار للاستصناع :

بعد الاستعراض المذكـــور أرجح وأختـــار التعريف التالى لعقـــد الاستصناع الذى هو :

عقد على مبيع فى الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص .

وجه الترجيح :

١ ــ التعريف الذى ذكر خاليا من قيد شرط العمل وهو « عقد على مبيع فى الذمة » تعريف غير مانع ذلك لأنه يدخل فى التعريف عقد السلم فيصبح

(٢٦) موسوعة مصـــر الفقـــهيه ٩٠/٧ جاءت بتعريفين بالاستصناع فيهما تشابه كبير مع التعاريف الفقهية السابقة وهى منها بلا شك .

التعريف جامعا غير مانع .. وشرط التعريف أن يكون جامعا لأفراد المعرف مانعا من دخول غير أفراده فيه .

٢ ـ التعريف المذكور والمختار يوافق المعنى اللغوى .. فالاستصناع طلب الصنعة والعقد عقد استصناع .. فلابد فى العقد من قيد شرط الصنعة .. وبذلك قال الكاسانى (٢٧) .

٣ ـ أما من قال بأن شرط الصنعة ليس قيداً فى التعريف بدليل أنه لو تعاقد على مبيع فى الذمة وأحضر الصانع عينا كان قد صنعها قبل العقد ورضى بها المستصنع وسلمها له انعقد للعقد وصح .

يرد على ذلك .. بأن العقد هنا قد تم بطريق آخر غير الطريق الاول هو طريق التعاطى ..

شرح التعريف :

القول بأنه « عقد » يخرج ماهو وعد عند أكثر فقهاء الحنفية وهو مافصلته سابقا والقول بأنه « مبيع » قيد ثان احترز به عن الاجارة لأنها عقد على منافع وليست على عين .. واحترز به أيضا عن العقد على العمل أو الاجارة على العمل فهو ليس بعقد على مبيع ..

والقول بأنه « على مبيع » ينبىء على أن هناك شيئا يباع .. وهو فى الاستصناع المادة الخام .. التى يستعد بها الصانع .. والمعروف ان المادة فى الأجازة على العمل من عند المستأجر .. وعلى الاجير العمل فقط.

والقول بأنه « فى الذمة » قيد ثالث احترز به عن البيع باطلاقه .. اذ أن من شروط البيع أن يكون مقبوضا فى المجلس وهنا المطلوب صنعه فى الذمة ..

والقول بأنه « شرط فيه العمل » قيد رابع احترز به عن السلم اذ ان السلم هو بيع آجل بعاجل (٢٨) .. ففيه مبيع فى الذمة .. وقيل (٢٩) هو أخذ ثمن عاجل بآجل .. والاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلا .. وهذا يكفى لاخراج السلم من التعريف .. ويؤيد هذا ما نقل لنا السمرقندى (٣٠) فى البيع بأنه اربعة أنواع : فذكر منها : « بيع الدين بالعين

(٢٧) انظر البدائع ٢٦٧٧/٦ .
(٢٨) فتح القدير لابن الهمام ٣٢٣/٥ .
(٢٩) حاشية سعدي جلبى مع فتح القدير ٣٢٣/٥ ـ .
(٣٠) تحفة الفقهاء ٥/٢ ، ٦ .

وهو السلم » .. وأن المسلم فيه مبيع وهو دين .. ورأس المال قد يكون عينا ، وقد يكون دينا .. ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين بأنفسهما فيصير عينا .

أما فى الاستصناع فلا يشترط فيه القبض عند اكثر الفقهاء وهم الجمهور من الحنفية وشىء آخر هو أن السلم لايشترط أن يكون المسلم فيه مصنوعا ، بل فى الغالب يكون طعاما أو حيوانا أو غير ذلك .. المهم أن لا يشترط فيه الصنع .. فقد يكون مصنوعا أو غير مصنوع ..

أما الاستصناع فيشترط فيه الصنع .. والشرط « يقع على عمل فى المستقبل لا فى الماضى (٣١) » .

أما القول بأنه « على وجه مخصوص » أى جامع لشرائط الاستصناع التى منها بيان جنس المعقود عليه ونوعه وصفته وقدره . وكونه مما جرى باستصناعه فى العرف وهو احترازعما لم يستجمع الشروط .. حيث يكون استصناعا فاسدا ..

وهذا ما رجحه الكاسانى بقوله : والصحيح هو القول « بأنه عقد على مبيع فى الذمة شرط فيه العمل » .. لأن استصناع : طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا .. فكان مأخذ الاسم دليلا عليه ..

ولأن العقد على مبيع فى الذمة يسمى سلما .. وهذا العقد يسمى استصناعا واختلاف الأسامى دليل اختلاف المعانى فى الاصل .. وأما اذا اتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضى به المستصنع فانما جاز لا بالعقد الأول بل بعقد آخر وهو التعاطى بتراضيهما .

مقومات الاستصناع :

فى التعريفات السابقة .. نجد أن الاستصناع يقوم على مستصنع وصانع ومال مصنوع وثمن ..

فالمستصنع : هو طالب الصنعة اذا باشره بنفسه أو بواسطة وقد يكون فردا أو مؤسسة .

---

(٣١) البدائع : ٢٦٧٧/٦ .

والصــــانع : هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بالعمل .. اذا باشر الصنع هو أو من يقوم مقامه كالصانع الذى يعمل عنده أو يعطيه العملية بكاملها (٣٢) ويكون «الصانع» **المتعاقد مسئولا عن كل شيء»**.

المــال المصنوع : هو محل العقد .. فعند تحويل المادة الخام الى شيء آخر متفق عليه يسمى هذا المحول بالمال المصنوع .. أو المستصنع أو المستصنع فيه حسب تعابير الفقهاء.

والثمن : هو المال الذى يدفعه المستصنع نظير المطلوب صنعه وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع.

الالفاظ ذات الصلة

١ ــ الاجازة على الصنع : عند بعض الفقهاء (٣٢ أ) بيع عمل ، العين تبع وهذه تختلف عن الاستصناع حيث أن الأخير بيع عين موصوف في الذمة وليس بيع عمل ، وفي الاستصناع تكون المادة والعمل من الصانع ، حين الاجارة على الصنع تكون المادة من المستأجر لا من الصانع.

٢ ــ الجعالة : التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه، وهى عقد على عمل (٣٢ ب) فهى فى الصناعة وغيرها ، حين الاستصناع خاص بالصناعات.

والجعالة قد يكون العمل فيها مجهول ، والاستصناع كما يذكر الحنفية يشترط فيه أن يكون العمل معلوماً.

٣ ــ السلم بالصناعات : ويرد توضيح مقارب في ص ١١٧ من كتابنا هذا.

---

(٣٢) يسمى مثل هذا التعاقد بالمقاولة على الباطن في النظم الوضعيه.
(٣٢ أ) المبسوط ٨٤/١٥ م دار المعرفة / بيروت.
(٣٢ ب) مغني المحتاج ٤٢٩/٢ ط م الحلبي.

الفرع الثانى :

تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى :

التمهيد :

أن بحث الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى وهم :

المـــالكية **الشافعية** **الحنابلة**

أمـــر ليس بالهين وخاصة لاستخلاص تعريف أو بيان حكم أو ماالى ذلك .. فهم بمجموعهم انفردوا باتجـــاه خاص فى عقـــد الاستصناع .. وسبب هذا كله أنهم لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل مسمى باسمه كما فعل الحنفية .. بل أدمجوا مسائله تارة فى عقد السلم وتارة أخرى فى البيع بالصفة .

علما بأن بعضهم — كما سنوزده فيمابعد — منعه صراحة (٣٣) ، والآخر شبهه بالسلم تشبيها لا تمثيلا (٣٤) ، ومع هذا كله سأحاول استخـــلاص تعريف له عندهم .

وللدخول فى هذا .. يستحسن أن نأخذ فكرة موجزة عن مدى تكييفهم لمـــدلول كلمة « استصنع » ، واستصناع .. وهل يفهم من اســـتعمالهم للكلمات تلك أنهم فهموا الاستصناع كعقد مستقل .. أم كما قلت سابقـــا أنهم ادمجوا مسائله فى عقد السلم ، أو البيع على الصفة ..

المطلب الأول :

تعريف الاستصناع عند المـــالكية :

يستعمل فقهاء المـــالكية لفظة (استصنع) (واستصناع) فى أواخر باب السلم . فهذه الالتفاتة منهم تفرح الدارس فتشده اليها ظنا منه انهم اهتموا بالاستصناع **كعقد مستقل كفقهاء الحنفية .**

---

(٣٣) وهم الشـــافعية (انظـــر الأم للشـــافعى ١١٦/٢ وما بعـــدها ، شرح المنهـــاج للمحلى ٣٣٩/١ وما بعدها) . والحنابلة فى (الفروع ٢٣/٢ ، الانصاف ٤/ ٣٠٠)

(٣٤) المالكية : (أنظر مواهب الجليل للحطاب ٥٣٩/٤ ، المدونة للامام مالك ١٨/٩ وغيرهما مما سنذكر من المراجع) .

لكنه عند التدقيق والتحقيق فى نصوص مذهبهم نجدهم يشبهون مسائل الاستصناع بالسلم .. فيشترط فيه شروط السلم ، فهم لم يعتبروه عقدا مستقلا بل أدرجوا مسائله ضمن مسائل السلم ، ويتضح ذلك من النصوص **التالية :**

خليل : جاء فى مختصر خليل (٣٥) عند البحث فى السلم وبالذات عندما تكلم عما يجوز السلم فيه وما لا يجوز قال : والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع وأن لم يدم فسلم : كاستصناع سيف أو سرج .. فعطف الاستصناع على ما يجوز السلم فيه .

مالك : وجاء فى المدونة (٣٦) .. قلت ما قول مالك فى رجل استصنع طستا أو تنورا أو قمقما او قلنسوة أو خفين أو لبدا (٣٧) أواصطنعت سرجا أو قارورة أو قدحا أو شيئا مما يعمل الناس فى أسواقهم من آنيتهم أو امتعتهم التى يستعملون فى أسواقهم عند الصناع .

ابن رشد فى المقدمات : أما ابن رشد فقد لخص لنا رأى المالكية فى السلم بالصناعات ، وأعطى حكم هذا التعامل بأنواعه ، وعد أنواع السلم بالصناعات بأنها أربعة (٣٨) وعد منها ما اذا لم يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولم يعين ما يعمل منه .

(٣٥) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ــ الحطاب ٥٣٩/٤ .

(٣٦) المدونة الكبرى ــ للامام مالك ١٨/٩ .

(٣٧) اللبد : بوزن الجلد اللبود أو اللبدة اخص منه قلت وجمعها لبدة واللبادة : ما يلبس منه للمطر .. مختار الصحاح باب اللام ــ وقيل (ما له سبد) ولا لبد بفتح الباء فيهما أى قليل ولا كثير .. والسبد من الشعر واللبد من الصوف . أنظر أيضا مختار الصحاح باب السين .

(٣٨) قال ابن رشد فى المقدمات ١٥٩/٢ وما بعدها (وأما السلم فى الصناعات فينقسم فى مذهب ابن القاسم على أربعة اقسام ..

* **أحدهما :** أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ، ولايعين ما يعمل منه
  ثانيهما : أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه ..
  ثالثهما : أن لايشترط عمله ويعين ما يعمل منه .
  رابعهما : أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه ..
* **فأما الوجه الأول** .. وهو أن لايشترط عمله ولايعين مايعمل منه فهو سلم على حكم السلم لايجوز الا بوصف العمل وضرب **الأجل وتقديم راس المال ..**
* **وأما الوجه الثانى** .... فليس هو بسلم وانما هو من باب البيع والاجارة فى الشىء المبيع .. فان كان يعرف وجه خروج ذلك الشىء من العمل أو تمكن اعادته للعمل أو عمل غيره من الشىء المعين منه العمل فيجوز : علىأن يشرع فى العمل وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة ايام أو نحو ذلك .. فان كان على أن يشرع فى العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره .. وان كان على ان يتاخر الشروع فى العمل الى الثلاثة الايام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط .. حتى يشرع فى العمل

وحكم هذا النوع عنده : هو سلم على حكم السلم لا يجوز الا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم راس المـــال ..

يستدل من قول ابن رشد .. أن من يطلب من صانع صنع شيء له فهو جائز ولكن حكمه حكم السلم وبشروط السلم لا يخرج عنها ، ونحن نعرف أن الاستصناع موضوع بحثنا هو ما كان فيـــه طلب صـــنعة على وجـــه مخصوص ويكون بالذمة .. ولم يعين فيه العامل .. بل أطلق الطلب .. فقد يكون الصانع نفســـه أو غيره .. وكذلك لم تعين المـــادة بالذات بل وصفت بأوصاف معروفة تخرج العقد عن المنازعة .. وهذه كلهـــا ذكرها ابن رشد لكنه أضاف بأن يكون بشروط السلم .. والسلم يشترط فيه مثلا دفع رأس المـــال مقدما .. وعند المـــالكية يجوز الى ثلاثة أيام .. حين نجد فيما بعد بأن هذا ليس بشرط .. فقد يدفع وقد لا يدفع المستصنع فهو ليس بشرط عند الحنفية .

الدردير :

يقول الدردير (٣٩) .. ثم شبه فى السلم قوله : (كاستصناع سيف) أو ركاب من حداد أو سرج من سروجى أو ثوب من حياك أو باب من نجار على صفة معلومة بثمن معلوم فالتعاقد على صنع شيء يأخذ حـــكم السلم عندهم .. قال الدردير (٤٠) وقول خليل كاستصناع سيف ... تشبيه لا تمثيل .

أنواع المـــال المصنوع عند المـــالكية :

بعد أن تبين لنا موقف المـــالكية من الاستصناع وهو أنه عقـــد جائز شبيه بالسلم وبشروطه ، نريد أن نعرف موقف المـــالكية من هذا العقـــد

= **اما الوجه الثالث** .. وهو أن لايشترط عمله بعينه ويعين مايعمل منه فهو أيضا من باب البيع والاجرة فى المبيع .. الا انه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره الى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره .

الوجه الرابع .. وهو أن يشرط عمله ولا يعين مايعمل منه .. فلا يجوز ذلك لأنه يحتويه أصلان متناقضان لزوم النقد لكون مايعمل منه مضمونا وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه .

* **وابن رشد هو** : محمد بن احمد بن رشد أبو الوليد قاضى الجماعة بقرطبة من أعيـــان المـــالكية وهو جد ابن رشد الفيلسوف توفى سنة ٥٢٠ هـ . انظر الاعلام ٦/٢١٠

(٣٩) الشرح الصغير للدردير ٣/٢٨٧

(٤٠) نفس المصدر السابق ٣/٢٦١

بالنسبة للمادة المستصنعة هل الجواز عام فى كل مــادة تستصنع .. أم الجواز خاص ببعض المواد الخام المستصنعة دون البعض الآخر ..

وللوصول الى ذلك نرجع الى نصوص المــذاهب الواردة فى هــذا الموضوع فنجدها **كما يلى :**

انها لم تقيد الجواز لا بمادة خام واحــدة ولا بصنعة معينة الشرط أن لا يكون هذا العقد مصادما لنص شرعى يمنعه ..

سبب هذا الاطلاق : أن سبب هذا الاطلاق فى أنواع المــال المصنوع والمــادة الخام هو أنهم يكيفون هذا التعامل على عقد ورد جواز العمل به فى القرآن والسنة والاجماع .. الا وهو السلم .. فكل ما جاء وفق شروط السلم يجوز التعامل به . وما ذكروه انما هو للتمثيل لا للحصر ..

تعريف الاستصناع عند المــالكية :

الاستصناع فى اللغة .. طلب الصنعة .. وطلب الصنعة عند المالكية أن كان من غير تعيين للعامل ولا المعمول منه (المــادة الخام) فهو شبيه بالسلم ويأخذ حكمه بشروطه فالذى استخلصه من هـــذا أن تعريفــه عندهم هو :

بيع موصوف مؤجل فى الذمة بغير جنسه يشترط فيه الصنع ..

أساس التعريف :

اخذنا تعريف الاستصناع هذا من تعريف السلم عند المــالكية .. فقد عرفه فقهاء المــالكية عدة تعريفات أخترت منهــا ما قاله صــاحب أقرب المسالك (٤١) ، واضفت عليه القيد الأخير .. علما بأن هناك عدة تعريفات لفقهاء آخرين (٤٢) ..

---

(٤١) الشرح الصغير للدردير ٢٦١/٣

(٤٢) تعريفات فقهاء المــالكية للسلم عديدة منها ماعرفه ابن عرفة بأنه (عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير مماثل العوضين) انظر مواهب الجليل للحطاب ٥١٤/٤ ، وما عرف فى الشرح الكبير ١٧٠/٣ بانه بيع تقدم فيه رأس المــال ويتأخر المثمن لاجل .

(*) ابن عرفة : هو محمد بن محمد بن عرفة البدرغمى ابو عبد الله المالكى امام تونس وعالمها وخطيبها فى عصره توفى سنة ٨٠٣ هـ ــ أنظر الاعلام ٢٧٢/٧ .

فأساس التعريف هو أن السلم (٤٣) بيع موصـــوف مؤجل فى الذمة فى غير جنسه .

شرح التعريف :

التعريف الذى أراه للاستصناع يكون شرحه كالآتى :

القول بأنه « بيع موصوف » ينبىء على أنه نوع من أنواع البيوع .. فيدخل فيه الطعام والعرض ، والحيوان ، وغير ذلك مما يوصف .

وكلمة ((**موصوف**)) يخرج به المعـــين بالذات .. فبيعـــه ليس بسلم بالصناعات .

القول بأنه ((**مؤجل**)) : يخرج غير المؤجل كالبيع الحال .

والقول بأنه ((**فى الذمة**)) : معناه ذمة المسلم اليه .. فيخرج بيـــع الموصوف ، فهو ليس فى الذمة .. كبيع ما فى المعدل .. وكبيع موصوف بمكان غير مجلس العقد وبيع الآجل لأنه اشتراء معين بثمن مؤجل .

والقول ((**بغير جنسه**)) : قيد يخرج ما اذا دفع شيئا فى جنسه وليس بسلم شرعا .

والقول ((**يشترط فيه الصنعة**)) قيد يخرج السلم فى المزروعات والمواد غير المصنوعة أو المطلوب صنعها .

وهذا التعريف الذى اخترته هو تعريف للسلم كمـــا قلت .. بزيادة القيد الأخير .. **فعلى هذا** .. يكون الاستصناع الذى بحثه الحنفية .. هو غير الذى بحثه المـــالكية .. **فالاستصناع عند المـــالكية** : بعيد عن دراستنا ، وانما أردنا بيان موقفهم مع مثل هذا التعامل ، وهو ما سنبينه عند الكلام عن حكم الاستصناع — ان شاء الله .

* **المطلب الثانى :**
* **تعريف الاستصناع عند الشافعية :**
* **التمهيـــد :**

أن أخذ تعريف للاستصناع أو حكم له عند الشافعية أمر صعب وذلك لأن الشافعية جروا على ما جرى عليه غيرهم من المـــالكية والحنابلة من عدم اعتبار الاستصناع عقدا مستقلا .. بل هو مدرج ضمن مسائل السلم .

---

(٤٣) الشرح الصغير للدردير ٣٦١/٣

لذا سأتكلم عن الاستصناع عند الشافعى أولا وذلك ببيـــان رأيه فى السلم بالصناعات .. وأردفه بقول الحنفية عنه بالمنع لكى أخلص من هذا كله لتعريف الاستصناع ذلك العقد الذى منعه الشافعى .

اما أصحاب الشافعى .. فسأبين رأيهم فى السلم بالصناعات لأن طلب الصنعة له حل عندهم وذلك عن طريق السلم بتشرط ضبط الصفات.. وأخيرا أبين رأى أحد فقهاء الشافعية فى أنواع السلم بالصناعات .

السلم بالصناعات عند الامام الشافعى :

جاء فى الأم (٤٤) للشافعى أن السلم بالصناعات ينقسم الى **قسمين :**
القسم الأول : وهو ماكان من مادة خام واحدة ماعدا المـــادة المزينة .

القسم الثانى : وهو ماكان من مادتى خام فأكثر ماعدا المادة المزينة (٤٥)

واليك التفصيل :

القسم الأول :

وهو السلف فى الصـــناعات المكونة من مادة خام واحـــدة .. جاء فى الأم (٤٦) **أن مايصنع من مادة خام** واحدة كالحديد أو الخشب أو الرصاص ، أو الذهب ، أو الفضة يجوز السلف فيها ، ولو كان معهـــا مادة مزينـــة كالصبغ فى الخشب والحديد أو المســـمار فى الخشب . أو الخيـــط فى القطن .. أو الصوف فى الأثياب .

فهو يرى اذن .. أن طلب الصنعة للمادة الخام الواحدة جائز .. ويعطيه حكم السلم كغيره من أصحاب الاتجاه الثانى لكنه فصل بين ما اذا كان المستصنع فيه من مادتى خام فأكثر .

وعلة الجواز فى هذا القسم كون المـــادة الخام الواحدة يمكن ضبطها ومعرفة ما وضع منها وكميته أو وزنه وهو الذى يركز عليه الشافعى عند

---

(٤٤) انظر الأم : للشافعى ٢/١١٦ وما بعدها .
(٤٥) يفهم من رأى الشافعى فى المـــادة المزينة انها تلك المـــادة التى لاتعتبر مادة أساسية فى الصنع ، وانما هى لتحسين أمر الصنع سواء بمساعدة الصانع فى أمر الصنعة أو بتزيين المـــال المصنوع .. فالمـــاء مادة مع أن الطين لايمكن ان يكون شيئا آخر للبناء الا به .. ولكنه لايعتبر مادة خام ثابتة يؤدى وجودها الى الجهالة .
(*) وكذلك الصبغ فى الخشب يعتبر مادة مزينة ولايعتبره مادة أساسية عنده .
(٤٦) انظر الأم للشافعى ص ٢/١١٦ وما بعدها .

الكلام فى السلف .. وعلى هذا يمكن معرفة قدر العمل المبذول فى الصنعة.. فلا يحصل نزاع بين طالب الصنعة والصانع .

وعليه .. فان التعامل على هذه الصورة لايعتبر استصناعا عند الامام الشافعى على ما سنبينه فى القسم الثانى — ان شاء الله —

القسم الثانى :

ما كان المصنوع من مادتى خام فأكثر ما عدا المادة المزينة ..

جاءفى الأم (٤٧) عند الكلام عن السلف فى الشيء المصلح لغيره .. ويعنى الامام الشافعى بهذا .. ما خلط بشيء غير جنسه .. كالحديد والنحاس وغير ذلك من مواد الخام التى يمكن أن يخلط بعضها ببعض بشرط أن يكونا مختلفين فى الجنس واذا ما خلطا لم يعرفا .. أو لم يكن فرز بعضها عن الآخر بالأمر الهين .

فيرى الشافعى .. أن هذا الخلط او هذا الصنع الذى تم بين هذين الجنسين من قبل الصانع ولو استطاع المستصنع أن يضبط ما صنع بالوزن او العدد ولو كان الذى خلط قائما فى المال المصنوع .. لا خير فى السلف بهذه الصورة .

وعلته عنده أنه اذا اختلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر ولم يدركم قبض من مادة الخام الأولى ولا الثانية .. فعنده السلف بهذه .. انما هو سلف بمجهول ..ومثل الشافعى لهذا بالمصنوعات الحلوية كالسويق .. وهو يتكون من سكر ودهن ولوز .. وكذلك مثل بمصنوعات الثياب التى يتم التعامل بها على أساس السلم عنده .

اما الأوانى .. فأجاز الشافعى السلف فيها بشرط أن لا تدخل فى اسباب المنع عنده .. **ومن أسباب المنع :** عدم ضبط المادة الخام من حيث صفتها ووزنها ونوعها وكل ما يتعلق بالضبط من كل الوجوه .. وشروط المنع هذه .. انما وضعت اذا كان المال المصنوع من مادتى خام فأكثر مختلفين فى الجنس .

---

(٤٧) انظر الام للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها فقد جاء فيها أنه « لو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد ، أو نحاس ورصاص ، لم يجز لانهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منها .

ويفهم من هذا ان الشـافعى يجيز طلب الصـنعة .. ولو كانت من مادتين فأكثر ان توفرت الشروط من حيث ضبط الصفات للمادة الخـام ووزنها وبيان جنسها ونوعها . فكل هذه تمنع الجهالة المؤدية للنزاع بين الطرفين .

لكن يا ترى .. هل أجاز الشافعى الاستصناع أم منعه ؟ هذا ماسنفصله فيما بعد عند الكلام عن حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى — ان شاء الله .

تعريف الاستصناع عند الامام الشافعى :

لكى نأخـذ تعريف الامام الشافعى للاستصناع لابد من السـير فى اتجاهين هما : ما جاء فى كتابه الأم ، وما جاء فى كتب الحنفية نقـلا عن الامام الشافعى .

ما جاء فى كتاب الأم :

قلنا أن الشافعى أجاز طلب الصنعة ان كان المطلوب صنعه لايؤدى الى جهالة فى قدره أو فى جنسه أو فى نوعه جهالة مؤدية الى النزاع .

وتأسيسا على ذلك .. يرى الشافعى (٤٨) .. أن الاستصناع جائز اذا كان المستصنع فيه من مادة واحـدة أو من مادتين لا يؤديان جهـالة قدرهما الى المنازعة .. بأن أمكن معرفـة قدر كل منهمـا لتمييزهما عن بعضهما .. والا فلا يجوز فيهما اذا اختلطا .. ولم يمكن تمييز قدر كل واحد عن الآخر .. فقال الشافعى « لو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد .... لم يجز » .. وعلل الشـافعى عـدم المنـع بقـوله (... لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما وليس هذا كالصبغ فى الثوب لأن الصبغ فى الثوب زينة لا يغيره .. ان ضبطت صـفته .. وهذا زيادة فى نفس الشى المصنوع) .

الى هنا انتهى حكم الشافعى فى طلب الصنعة ان كان المـال المطلوب صنعه يتكون من مادتين فأكثر .. وهذه القاعدة تطبق عند الشافعى على كل ما استصنع .

---

(٤٨) الأم للشافعى ٢/١١٦ .

ولهذا .. قال الشافعى بعد ذلك عطفا على ما نقل عنه آنفا « **وهكذا كل ما استصنع (٤٩)** » .

فمن هذا .. أستطيع أن أستخرج تعريفا للاستصناع عند الشافعى فأقول :

الاستصناع هو : « بيع موصوف فى الذمة يشترط فيه الصنعة » .

شرح التعريف :

قولنا بيع موصوف فى الذمة : قيد يحترز فيه عن بيع المعين .. فانه لايجوز السلم فيه (٥٠) .. **والسلم هو** : بيع موصوف فى الذمة عند الشافعية (٥١) ..

قولنا يشترط فيه الصنعة : قيد أخرج ما يجوز السلم فيه من المطعومات كالرز والحنطة والحيوانات والنباتات وغير ذلك .

تعريف آخر للاستصناع عند الشافعى :

أوردت بعض كتب الحنفية (٥٢) حكم الاستصناع عند المانعين .. فلم تذكر سوى الشافعى من المذاهب الأخرى وزفر من الحنفية ..

ولست هنا بصدد بيان حكمه عند الشافعى وزفر أو غيره .. بل أقول أن تعريفه عند الشافعى هو نفس تعريف الاستصناع عند الحنفية فهو عند الحنفية حسب ما اخترت من التعاريف (٥٣) « **عقد على مبيع فى الذمة شرط فيه العمل على وجه مخصوص** » .

---

(٤٩) الأم ١١٦/٢ .

(٥٠) شرح المنهج للمحلى ٣٣٩/١ .

(٥١) السلف عند الشافعية له تعريفات كثيرة اخترت منها مايلى :ـ

قال المحلى : السلم ويقال له السلف وهو بيع موصوف فى الذمة . أنظر شرح المنهاج ٣٣٩/١ .

وقال ابن حجر . السلم هو بيع شىء موصوف فى الذمة . انظر تحفة المحتاج ٢/٥ .

وذكر لنا النووى عدة تعريفات فى روضة الطالبين ٣/٤ : أحدها أنه عقد على موصوف فى الذمة ببدل يعطى آجلا .

وثانيها : هو اسلام عوض حاضر فى موصوف فى الذمة .

وثالثا : هو اسلاف عاجل فى عوض لايجب تعجيله .

ثم يعقب النووى على هذه التعريفات بقوله : ان السلم بيع .

(٥٢) انظر شرح فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٥٣) انظر تعريف الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الأول السالف الذكر .

وبما أن فقهاء الحنفية أوردوا لنا رأى الشافعى فى الاستصناع محل البحث والدراسة عندهم ذو التعريف الخاص بهكعقد مستقل استخلصت هذا التعريف — والله أعلم —

الترجيح :

بما أن الحقائق العلمية تفرض علينا أن لا نأخذ رأى المذهب الا من كتب أصحابه المعتمدة فى المذهب .. فالذى أرجحه هو تعريفه الذى استخلصته من كتاب الأم السالف الذكر .. وهو أقرب الى التعريف الثانى .. من جهة كونهما ينصان على أن الاستصناع **عقد على مبيع فى الذمة مشروط فيه الصنعة** .

وبذلك كان تعريف الشافعية كتعريف المالكية واتجاههما معا متفق على انه عقد سلم يندرج تحت مسائل السلم وبشروطه .

❋ المطلب الثالث :

تعريف الاستصناع عند الحنابلة :

❋ التمهيد :

من أول وهلة .. يمكن أن نعطى رأى الحنابلة بالاستصناع الا وهو المنع . الاأننا نريد أن نعرف أن شيئا آخر وهو ماهو الاستصناع الذى منعه الحنابلة .. وأين وضعوا بحثه .. هل وضعوه كالمالكية والشافعية فى السلم ؟ وما موقفهم من السلم بالصناعات ؟

تعريف الاستصناع عند الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع والانصاف وغيرهما أن الاستصناع غير جائز نقلا عن القاضى وأصحابه بأنه (٥٤) لايصح استصناع سلعة لأنه باع ماليس عنده على غير وجه السلم .. وقيل (٥٥) لايصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له .. لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم » .

فيمكن أن نأخذ تعريفه من هذين النصين بأن الاستصناع عند الحنابلة

---

(٥٤) الانصاف للمرداوى ٣٠٠/٤

(٥٥) كشاف القناع للبهوتى ١٥٤/٣ — انظر الفروع ٢٣/٢

هو :

« بيع موصوف يشترط فيه الصنع لا على وجه السلم » .

أساس التعريف :

ان منع استصناع السلعة أورده الحنابلة فى البيع بالصفة .. فهو عندهم بيع بالصفة لهذا ارتأيت أن أتقدم بهذا التعريف له عندهم .

شرح التعريف :

قولنا بيع موصوف : يشمل البيع المطلق الموصوف سواء كان سلما أو غيره .

قولنا يشترط فيه الصنعة : قيد يحترز به عن البيع والسلم فى المزروعات والحيوان وغيره **لا على وجه السلم :** عند أكثر الحنفية يشترط عدم ضرب الأجل فى الاستصناع .. فهذا هو معنى قول الحنابلة لا على وجه السلم .

والدليل على هذا .. ما جاء فى العناية (٥٦) « وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل » .

ولم أجد فى غير ما ذكرت من استعمال للاستصناع مما اطلعت عليه فى كتب الحنابلة .

* * *

(٥٦) العناية مع فتح القدير ٣/٣٥٥

* **المبحث الثالث :**
* **تعريف الاستصناع فى النظم الوضعية :**
* **التمهيـــد :**

ان أخذ تعريف للاستصناع من النظـــم الوضــــعية أمر ليس بهـــذه السهولة لأن النظم الوضعية غربية كانت أو عربيـــة لم تول للاستصناع أهمية كبرى .. ولم تفرده باهتمام ان كان هناك اهتمام به مع غيره .

فالاستصناع فى المدنى المصرى الجديد : هو ضمن عقد المقاولة .. الا ان المدنى العراقى قد أولى الاستصناع بعض الاهتمام لكونه أخذ أكثر جزئيات مواده من الفقه الحنفى .

ومن الذين اهتموا بالاستصناع .. دافيد فرانسكو DAVID FRANÇIS. فى رسالته (عقد الاستصناع) LE MARCHE A. FAÇON من فرنســـا .. لذا أخذت هذه الرســـالة وبحثت فيهـــا بعض الأمور بعد الترجمة (٥٧) والمراجعة (٥٨) .

لهذا سأتناول التعريف عند هؤلاء جميعا .

الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند دافيد :

عرفه دافيد (٥٩) .. بأنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئا بالمـــادة التى يقدمها .. وأن يسلم هذا الشىء عندما ينتهى فى مقابل ثمن الى من طلبه .

والتعريف به أطناب .. ولو اقتصر على أنه العقد الذى بمقتضـــاه يتعهد مقاول بالصنع مقابل الثمن لكان أفضل بكثير .

---

(٥٧) حصلت على الرسالة من مكتبة الملحقيـــة الثقافية الفرنسية بالقاهرة وهى رســـالة « دكتوراه » من باريس لمؤلفها المذكور فى سنة ١٩٣٧م — وقد تفضل مشـــكورا الدكتور/ابراهيم العنانى — أســـتاذ القانون الدولى — بالمعهد العالى للقضـــاء بترجمة كل ما يتعلق بموضوعى ترجمة جيدة فجزاه الله خيرا .

(٥٨) وقد قام بمراجعة الترجمة الشيخ / محمود الحسينى الحنفى — أستاذ الفقه المقارن بالمعهد العالى للقضاء — فجزاه الله عنا كل خير .

(٥٩) رسالة الاستصناع لدافيد ص ١ .

ويعتبر دافيد كما يبدو من كلامه فى رسالته أول من تناول هذا الموضوع حتى أنه يندب حظ النظم الوضعية فى فرنسا وغيرها بأنها لم تتناول هذا الموضوع ولم تعط له أية أهمية (٦٠) .

الفرع الثانى : تعريف الاستصناع فى المدنى العراقى :

عرفه المدنى العراقى بأنه « العقد الذى وقع على صنع شىء معين ويتعهد المقاول فيه بتقديم العمل والمادة معا » .

والتعريف قريب جدا الى تعريف المجلة السابق الذكر (٦١) .. فقد اعتبره المدنى العراقى عقدا ، ولم يعتبره وعدا .. واعتبره واقعا ومشروطا فيه الصنعة لشىء معين . أما ماقاله فى التعريف عند الفقرة الأخيرة « يتعهد المقاول فيه بتقديم العمل والمادة معا » .. فهو ما اشترطته المجلة فى عقد الاستصناع .. وهو الفارق الكبير بين الاستصناع والاجارة كما قلنا سابقا ، وما سنقوله فيما بعد عند التحدث عن الشروط الخاصة — ان شاء الله .

ولكن التأثر بالمدنى المصرى ليس ببعيد على المدنى العراقى .. لذا قال فى التعريف « يتعهد المقاول فيه » حين نجد المجلة تقول (يتعهد) **الصانع** بدلا من « **المقاول** » .. والمعروف أن المدنى العراقى متأثر بالمجلة العدلية.

الفرع الثالث : تعريف الاستصناع فى المدنى المصرى :

قبل البدء بتعريفه عند المدنى المصرى .. نقول أن المدنى المصرى الجديد عد متطورا بتغيير عقد الاستصناع الذى كان فى المدنى القديم الى عقد المقاولة .. لكن يا ترى .. هل معنى هذا أن عقد الاستصناع يقابل فى المدنى المصرى الجديد عقد المقاولة على اطلاقها ؟

الجواب : لا .. فقد ذكر فى مجموعة الأعمال التحضيرية (٦٢) أن عقد المقاولة « ايجار أهل الصنائع **أو** عقد الاستصناع » .. وشرحا لهذا .. ورد فيها « أن مجرد التغيير الذى تم فى عنوان هذا الفصل ، وابدال اسمه القديم « ايجار أهل الصنائع » باسم جديد هو : « عقد المقاولة » لكاف فى

---

(٦٠) رسالة الاستصناع لدافيد ص٤ وما بعدها .

(٦١) المدنى العراقى م / ٨٦٥ فترة (٢٠) . نقلا عن المبادىء القضائية لعبد الرحمن علام ص ٩٦ .

(٦٢) ٥/٥

الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد اشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر ..

فقد كان القصد قديما من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد اليه بعمل ما ، مع هذه الخاصية .. وهو أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيرا من مركز العامل ..... ولهذا نجد عند القوانين ومنها التقنين المصرى أهلى ومختلط يتكلم عن عقد الاستصناع ، وعقد العمل فى باب واحد هو « ايجار الأشخاص واهل الصنائع » ..... ويرى أن المقاولات أنواع منها المقاولة الصغيرة.. وهى الصورة التقليدية لعقد الاستصناع » .

لذا .. عرف المدنى المصرى الجديد المقاولة بأنها (٦٣) « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

وفى الفقرة الثانية من المادة (٦٤٧) تقول « يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا » ..

المناقشة :

ان قولهم « ايجار أهل الصنائع أو عقد الاستصناع » هو عقد المقاولة حاليا . خطأ كبير من جهة انهم عند تعريفهم للمقاولة جاءوا بايجار أهل الصنائع كجزء من التعريف وهذا لا غبار عليه .

لكن خلطهم لهذا الجزء « ايجار أهل الصنائع مع عقد الاستصناع غير صحيح أما جعلهم للاستصناع من المقاولات الصغيرة فهو بعيد عن الحقيقة .. فالاستصناع اليوم فى عالم الصناعة من المقاولات الكبيرة والصغيرة بآن واحد » .

* * *

---

(٦٣) المدنى المصرى م /٦٤٦ .

الفصل الثانى : الاستصناع عقد أم وعد ؟

تمهيـــد :

السؤال يطرح نفسه ، هل الاستصناع عقد أم وعد ؟ وقبل الاجابة عن هذا التساؤل لابد من معرفة معنى العقد والوعد ، ثم بيان حكم كل منهما وأنواع العقود وأقسامها ثم يأتى جواب التساؤل .

* المبحث الأول :

* مفهوم العقد والوعد :

الفرع الأول : العقد لغة :

عقدت الحبل .. من باب ضرب فانعقد ، العقدة : ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل « عقدت البيع ونحوه ، وعاقدته على كذا بمعنى عاهدته (١) ، والمعاقدة : المعاهدة وتعاقد القوم فيما بينهم (٢) .

الفرع الثانى : العقد اصطلاحا :

ويعرف العقد بأنه (٣) « العهد » .. والعهد يعنى ما أحل الله وما حرم وما حد فى القرآن كله .. قا لالله تعالى : (**والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما امر الله به ان يوصل ويفسدون فى الأرض ....** الآية) (٤) .. ويدخل فى ذلك كافة العقود : كعهد الله ، وعقـــد الحلف ، وعقد الشركة ، وعقد البيع ، وعقد النكاح .... الخ .

وقيل هو ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه الزامه اياه (٥) ..

---

(١) المصباح المنير كتاب العين « فى العين مع القاف وما يثلثهما » .

(٢) مختار الصحاح — باب العين —

(٣) قاله ابن عباس — رضى الله عنه — ومجاهد . انظر تيسير العلى القدير ٤٨٢/١ .

(٤) البقرة / ٢٧

(٥) الجصاص فى احكام القرآن ٣٥٨/٢ الى ٣٦١ .

وكل شرط شرطه الانسان على نفسه فى شىء يفعله فى المستقبل فهو عقد وقيل العقد هو (٦) : ارتباط أجزاء التصرف الشرعى ..

فهذه أهم التعريفات للعقد عند الفقهاء .. وهى بمجموعها تدل على انه الترابط الذى يتم بين طرفين على أمر .. فعد العهد أنه عقد والشرط عقد .

الفرع الثالث : مفهوم الوعد :

تعريف الوعد لغة : يستعمل الوعد فى (٧) : « الخير والشر .. يقال : وعد يعد بالكسر وعدا .. وقال الفراء : يقال وعدته خيرا ووعدته شرا .. فاذا اسقطوا الخير والشر قالوا فى الخير الوعد والعدة .. وفى الشر : الايعاد والوعيد ..

تعريف الوعد اصطلاحا : ويعرف الوعد فى اصطلاح الفقهاء بأنه (٨) « مايطلبه الطالب فيعده صاحبه بانفاذ ما يطلب » ..

وقيل هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام فى الحال .. وقد يقع الوعد على عقد أو عمل .. كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضا أو ببنائه دارا .. أما حكمه عند جمهور الفقهاء (٩) فانه : يلزم ديانة لا قضاءا .

*** المبحث الثانى :**

*** الفرق بين العقد والوعد والآثار المترتبة على هذا :**

الفرع الأول : الفرق بين العقد والوعد :

يتبين لنا من التعريفات السابقة لكل من العقد والوعد الفارق الكبير بينهما من حيث كون الارتباط بين الطرفين فى العقد على الوجه المشروع يثبت أثره .

* * *

---

(٦) الدرر شرح الغرر ٣٢٦/١ .
(٧) مختار الصحاح / باب الواو .
(٨) انظر الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .
(٩) مصادر الحق للسنهورى ١٥/١

فالأثر .. هو الفارق الكبير بين العقد والوعد .. ولكن ماهى الآثار المترتبة على الاستصناع ان كان عقدا أو وعدا ؟

ان كان عقدا : فلا بد أن يكون داخلا ضمن دائرة اللزوم أو عدمه .. فالعقد فى الأصل لابد أن يكون لازمـــا .. واذا كان لازمـــا يترتب عليه الضمان وغير ذلك من الأمور الواجب توفرها عند كونه عقدا لازما .

وان كان وعدا : فليس هناك آثار تترتب عليه سوى أنه على كل من المتواعدين اثم فىعدم اتمام ماوعدا به .. ولاضمان علىكل واحد منهما ..

والآن .. بعد أن تكلمنا عن العقد والوعد .. نرجع لبيان رأى فقهاء الحنفية فى الاستصناع .. هل هو عقد أم وعد ؟

المطلب الأول : هناك رأى عند الحنفية يقول بأن الاستصناع وعد لاعقد .. ومن هؤلاء (١٠) : الحاكم الشهيد (١١) . الصفار (١٢) . ومحمد بن سلمة (١٣) ، وصاحب المنثور (١٤) .

قال السرخسى(١٥) : وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة.. وانما ينعقد العقد بالتعاطى اذا جاء به مفروغا عنه .. ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما .

* * *

---

(١٠) انظر فى هذا كله .. فتح التدير ٥/٣٥٥ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعـدها .. المبسوط للسرخسى ١٢/١٣٨ ، ١٣٩ ، العنـاية مع فتح القـدير ٥/٣٥٥ وما بعدها .

(١١) الحاكم الشهيد : هو ابو الفضل محمد بن محمد بن احمد المروزى الوزير العالم الكبير ولى القضاء فى « بخارى » قتل شهيدا سـنة ٣٣٤هـ ــ انظر طبقـات الفقهاء لطاش كبرى زاده ص ٥٧ .

(١٢) الصفار : هوابو القاسم الصفار البلخى توفى سنة ٣٣٩هـ ــ نفس المصدر السابق ص ٦٤ .

(١٣) محمد بن سـلمة : وهو ابو عبد الله محمد بن سـلمه .. روى عنه زفر توفى سنة ٢٦٨هـ نفس المصدر السابق ص ٤٥ .

(١٤) لم أجد له ترجمة فيما اطلعت عليه .

(١٥) المبسوط ١٢ / ١٣٨ وما بعدها .

* المطلب الثانى :

ادلة من قال انه وعد وليس بعقد ومناقشتها :

واستدل أصحاب الرأى القائل : بأن الاستصناع وعد وليس بعقد استدل أصحاب هذا الرأى .. بأدلة عقلية على صحة قولهم وهى كما يلى (١٦) :

الدليل الأول :

أن الصانع له أن لايعمل .. وبذلك كان ارتباطه مع المستصنع هو ارتباط وعد لاعقد .. لأن كل مالا يلزم الانسان به مع التزام نفسه به يكون وعدا لاعقدا لأن الصانع لايجبر على العمل بخلاف السلم فانه مجبر بما التزم به .

الدليل الثانى :

أن المستصنع له الحق فى عدم تقبل ما يأتى له الصانع من مصنوع .. وله أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته .. وهذا علامة أنه وعد لا عقد .. لهذا قال أبو اليسر (١٧) « ان الخيار ثابت لكل واحد منهما » « **الصانع والمستصنع** » .

وجه الدلالة مما تقدم : مما تقدم نجد أن الاستصناع لو كان عقدا للزم الطرفين أو للزم أحدهما دون أن يكون لهما الخيار فى فسخه أوامضائه .. وهذه كلها مميزات للوعد .. لا للعقد .. فكان الاستصناع لهذا كله وعدا بالبيع لاعقد مبيع .

* * *

---

(١٦) فتح القدير ٣٥٥/٥ انظر المبسوط ١٣٨/١٢ وما بعدها .
(١٧) فتح القدير ٣٥٥/٥

المناقشة : اعترض من قال «بأن الاستصناع وعد لاعقد » على رأى الجمهور القائل « بأن الاستصناع عقد وليس بوعد » بما يلى :

أولا : كيف يجوز أن يكون مبيعا .. والمعدوم لايصلح ان يكون بيعا ؟

رد الجمهور : ورد الجمهور (١٨) بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسى للتسمية عند الذبح .. فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات.. فكذلك المستصنع فيه المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل الجارى بين الناس .

اعتراض على الجمهور (١٩) : ورد ماقاله الجمهور بأن هذا انما يصح ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع .. والمعقود عليه هو الصنع فى الاستصناع وليس هو العين .

الجواب : أجاب صاحب الهداية (٢٠) عن ذلك فقال : « ان المعقود عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز » ..

وهذا هو الرأى الراجح عند جمهور فقهاء الحنفية كما سنبينه فيما بعد — ان شاء الله .

ثانيا : اعتراض آخر (٢١) : من الواضح الثابت عند من يرى أن الاستصناع عقد بيع لا وعد به .. انه يبطل بموت الصانع .. والعقود فى المعاملات لايبطلها موت احد طرفيها .. فكيف صاغ القول بأنه عقد مع بطلانه بموت الصانع ؟

الجواب : واجيب عن هذا (٢٢) بأن الاستصناع انما يبطل بموت الصانع لشبهه بالاجارة .. فهو لهذا الشبه قلنا بانه يبطل بموت الصانع .. وهذا لا يمنع أن يكون عقدا .

---

(١٨) انظر الهداية ٣٥٥/٥ ، انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ وضع

(١٩) انظر العناية ٣٥٥/٥

(٢٠) انظر الهداية ٣٥٥/٥

(٢١) انظر شرح مجلة الأحكام — باز — ص ٢١٩ حيث نقل رأى صاحب النهر بقوله من الاستصناع « ان بطلانه بموت الصانع ينافى كونه بيعا »

(٢٢) الفتاوى الغياثية ص ١٥١ .

رد الجمهور على ادلة القائلين بأنه وعد : وقد اعترض جمهور الفقهاء على الشبهة التى احتج بها من قال أن الاستصناع وعد لاعقد فقالوا(٢٣) :

١ ــ ان قــول ابى اليسر : بأن اثبــات الخيار لكل من الصــانع والمستصنع يدل على انه وعد .. مرفوض ، فهو لايدل على أنه غير بيع .. الا ترى ان فى بيع المقايضة لو لم ير كل من العاقدين عين الآخر كان لكل منهما الخيار فلم يخرجه الى ان يكون وعدا .

٢ ــ القول بأن الاستصناع وعد لاعقد .. لأن الصانع له ان لايعمل ولأن المستصنع له الخيار فى أن لايقبل الشىء المصنوع .. كل ذلك وارد فى غير عقد الاستصناع .

* فالاستصناع .. لا يعتبر عقدا نافذا ملزما الا ساعة أن يتم الصانع ماطلب منه وفق المواصفات التى اشترطها المستصنع .. ورأى المستصنع ذلك الشىء بعينه ورضى .. عند ذلك يتم الاستصناع فلا خيار لواحد منهما .. فأما ماذكر فهو وارد على أمور اخرى غير الاستصناع .

*** المطلب الثالث :**

*** حكم الاستصناع على أنه عقد وليس بوعد والأدلة ومناقشــــتها :**

يرى الجمهور على أنه (٢٤) عقد .

* ادلة الجمهور القائل بأن الاستصناع عقد وليس بوعـــد :

استدل الجمهور .. بأدلة عقلية .. على أن الاستصناع عقد نوردها فيما يلى :

اولا : ان الصانع يملك الدراهم بقبضها وما دام يقبضها فهو عقد .. لأن المواعد على شىء لا يملك الدراهم بقبضها وبالاستصناع يملكها ملكا غير لازم عند جمهور فقهاء الحنفية (٢٥) .

ثانيا : لأنه قد أجريت فى الاستصناع القيــاس والاســـتحسان .... ونحن نعرف أن الوعد لايحتاج الى اثبات الاستدلال به الى اجراء القياس

---

(٢٣) أنظر فتح التدير ٣٥٥/٥ ، وانظر درر الحكام شرح مجلة الاحكام لعلى حيدر ١٩٨/١

(٢٤) انظر فتح التدير ٣٥٥/٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ ، المبسوط ١٣٨/١٢ وما بعدها .
١٣٨/١٢ وما بعدها .

(٢٥) حاشــــية الطحــــاوى ١٢٦/٣ ، وفتــح التــدير ٣٥٥/٥ .. على الخـــــلاف الذى سنذكره فيما اذا ملك الصانع والمستصنع ما يملكانه ملكا لازما أو غير لازم .

والاستحسان .. فقد ثبت العمل بالوعد بالنص (٢٦) والاجماع .. فمن يعد احدا من السلمين يجب عليه أن يفى بوعده ان لم يكن معصية مثلا .. ولكننا نـــرى أن الامـــام محمد بن الحسن قد أجرى فى الاســـتصناع القيـــاس والاستحسان (٢٧) .

ثالثا : أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية .. والوعد لايحتاج الى اثبات الخيار .. فهو وعد مع آخر يختار كل منهما الأخذ به .. وما دام الخيار فى الوعد ثابت وموجود فهو من باب أولى يثبت فى عقد الاستصناع (٢٨)

رابعا : أن الاستصناع يجرى فيه التقاضى .. والتقاضى انما يثبت فى الواجب بالعقود لا بالموعود .. فاذا ما وعد شخص آخر لايؤدى عدم الايفاء بذلك الذهاب للقضاء ، واقامة الدعوى .. وانما الذى يكون كذلك فيما هو واجب بالعقد بينهما (٢٩) .

خامسا : ان الاستصناع يجوز فيما فيه تعامل بين الناس لافيما لاتعامل فيه . كما اذا طلب من نجار أن يصنع قاربا من خشب من عنده أو الخفاف ان يصنع خفا من جلد من عنده .

فى حين أن الوعد يكون فيما فيه تعامل فيه . مما أحله الله مطلقا .
وأما التعاقد فى الاستصناع فيشترط فيه عند الحنفية أن يكون فيما فيـــه تعامل فحسب (٣٠) على ماسنذكره فى الشروط الخاصة للاستصناع — ان شاء الله .

سادسا : ان الصانع فى الاستصناع يجبر على عمله (٣١) .. والمواعد على الشىء لايجبر على ماوعد به الا من باب الايفاء بالوعـــد فقط .. ان استطاع ذلك .. أما الذى تعاقد فى الاستصناع على رأى المجلة فانه يجبر

---

(٢٦) ورد فى السنة عن ابى هريرة — رضى الله عنه — أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا أؤتمن خان » رواه مسلم — مختصر صحيح مسلم — حديث رقم ٢٧ .

(٢٧) انظـــر العناية ٣٥٥/٥ ، وفتح القدير بنفس الصـــفحة . والبدائع ٢٦٧٧/٦

(٢٨) انظر البدائع ٢٦٧٧/٦ . المبسوط ١٣٨/١٢ وما بعدها .

(٢٩) نفس المصدر السابق .

(٣٠) انظر العناية ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .

(٣١) انظر الدرر الحكام لعلى حيدر ١٩٨/٢ .. وهـــذا راى خاص بالمجـــلة مع بعض الفقهاء وهو مرجوح يقول : ان الاستصناع لازم من أول التعاقد وحتى النهاية .. فيكون الصانع على هذا مجبرا على العمل .

على صنع ماتعاقد عليه .. فان لم يستطع يمكن أن يطلب من صانع آخر ذلك .. على ما سنبينه فيما بعد :

سابعا : أن المستصنع لايرجع عما طلب ولا يجوز له أن يرجع .. لأنه ان تعاقد لايحق له على رأى المجلة أن يرجع عن ذلك .. لأن التراجع له له ضرر كبير على الصانع بتضييع المادة الخام بناء على أمر من المستصنع .. فان رجع فقد لايشتريه أحد لعدم موافاته للشروط التى يطلبها هذا الأخير (٣٢) .

ثامنا : اذا رأى المستصنع المطلوب صنعه « المستصنع فيه » فهو بالخيار .. لأنه اشترى مالم يره » .. فقوله اشترى مالم يره دليل على أنه يريد به ذلك المستصنع واعتباره شراء دليل على أنه عقد (٣٣) .

لذا .. فالتسمية لعملية التعاقد بالشراء شيء واضح على أنه يراد به أنه ليس بوعد ، والمعروف أن الشراء اذا أطلق يراد به عملية التعاقد بالبيع ، وأيضا فان الشراء بيع لأنه من الأضداد .

الترجيح : لو تأملت قوة الأدلة التى أوردها الجمهور القائلين بأن الاستصناع عقد وليس بوعد .. يتبين لك مدى رجحان أدلتهم . فهى أدلة واضحة بالنسبة لأدلة الفريق القائل بأن الاستصناع وعد .

وقد ناقشها جمهور الفقهاء واحدا واحدا وضعفها .. فعلى هذا يكون الاستصناع عقدا لا وعدا عند الحنفية .

* * *

(٣٢) الدرر الحكام ١٩٨/٢ .
(٣٣) فتح التدير ٣٥٥/٥ .

الفصل الثالث : دراسة العقد بصورة عامة

تمهيـــد :

لمـــا كانت دراسة عقد الاستصناع من الأهمية بمكان .. لذا أردنا قبل الشروع فى بيـــان أحكام عقد الاستصناع الخـــاصة به .. وبيـــان اركانه وشروطه . أن نقدم نبذة عن العقد بصورة عامة ، تعريفه ، وتقسيماته ، وأركانه ، وشروطه .

وعليه .. فنقول : بالاستقراء يتبين لنا من تتبع كتب الفقهـــاء انهم لم يفردوا دراسة العقد دراسة مستقلة .. بل انهم كتبوا فى العقود كل على حدة ، واهتموا بكل ما يتعلق بذلك العقـــد المسمى .. كالبيع والاجارة .. والنكاح ..... الخ . فدرســـوا هـــذه العقود كل على حـــدة دراســـة مستفيضة ..

علما بأنهم عندما يتداخل عقدان فى شيء مايذكرونه من باب الاستطراد.. لا التفصيل .. ففى باب السلم مثلا : يذكرون أن للسلم شروطا زيادة على ما فى شروط البيع وهكذا ..

وأما الفقهاء المعاصرون .. فقد حاولوا دراسة العقد بصـــورة عامة آخذين ذلك من دراسة العقود بصورة خاصة فى كتب الفقهاء القدامى .. فاستخلصوا نظرية المعقد فى الشريعة الاسلامية .. وهذا ماأردنا توضيحه هنا ـــ أن شاء الله .

❋ المبحث الأول :

❋ مفهوم العقد :

الفرع الأول :

تعريف العقد لغة :

سبق وان ذكرنا تعريف العقد لغة ، وفى هذا المقام سنورد تعريفـــا فى المصباح المنير حيث جاء فيه : عقدت الحبل عقـــدا ، فانعقد ، العقـــدة : ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعاقدته بمعنى عاهدته(1).

---

(1) المصباح المنير / كتاب العين ٢ فى العين مع القاف وما يثلثهما » .

الفرع الثانى :

تعريف العقد اصطلاحا :

وفى اصطلاح الفقهاء .. تطلق كلمة العقد على معنيين وكلاهما ذكرنا منهما تعريفا سنورد هنا نبذة عن الاطلاقين (٢) للايضاح أكثر .

الاطلاق الأول : وهذا الاطلاق هو المشهور ويقصد به : الربط الحاصل بين كلامين ، أو مايقوم مقامهما كالاشارة والكتابة على وجه يترتب عليه حكم شرعى ، وكثيرا ما يطلق العقد ويراد به ما تم الارتباط به بين الطرفين .. سواء كان كلامين أم كتابتين أم اشارتين ، أم فعلين .

الاطلاق الثانى : وهذا أعم من المعنى الأول ويقصد به : كل التزام ينشأ عنه حكم شرعى سواء كان صادرا من طرف واحد أم صادرا من طرفين .

الفرع الثالث :

تعريف العقد فى النظام الوضعى ، وبيان راى الشريعة فيه :

جاء فى نظرية العقد (٣) .. العقد هو : توافق ارادتين على أحداث اثر قانونى سواء كان هذا الأثر انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه .. فمن باع شيئا فقد نقل ملكية المبيع الى حوزة المشترى .. واذا ما تقابلا .. فقد أنهيا حكمه .. ومن كفل فقد أنشأ على نفسه حقا للدائن فى المطالبة .

وهذا التعريف .. فى النظام الوضعى له شبه بتعريف العقد عند الحنفية حيث جاء فى المجلة (٤) .. العقد هو : التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا .. وهو عبارة عن ارتباط ايجاب وقبول .. وعليه فلا يدخل فى نطاق العقد عند النظام الوضعى (٥) الالتزام الذى يتم بالارادة المنفردة..فارتباط الايجاب والقبول عند المجلة ينشىء التزاما أو ينقله أو يعدله او ينهيه .. فهو عام .

---

(٢) انظر نظرية الشروط المقترنة بالعقد — زكى الدين شعبان ص ١١ وما بعدها .

(٣) نظرية العقد للسنهورى ف/٧٧ الى ٨٠ ،

(٤) انظر مجلة الاحكام العدلية م/١٠٣ ، وانظر شرحها لعلى حيدر ١/٩١ .

(٥) المدخل للفقة الاسلامى للشيخ / محمد الحسينى ص ٣٥٧ .

العلاقة بين العقد والتصرف :

سبق وأن بينا أن العقد يطلق على معنيين .. فعلى الاطلاق الثانى تكون كلمة العقد مرادفة لكلمة التصرف .. بخلافها على الاطلاق الأول .. فانها أخص من التصرف .. ويتحققان فى كل ربط بين كلامين يترتب عليه حكم شرعى ..

وينفرد التصرف فى كل التزام ينشأ عن ارادة واحدة ..كالطلاق والعتق ونحوهما فيسمى هذا تصرفا ولا يسمى عقدا (٦) .

* * *

(٦) انظر نظرية الشروط المقترنة بالعقد ـ لزكى الدين شعبان ص ١١ وما بعدها .

* المبحث الثانى :

* تقسيمات العقد فى الفقه الاسلامى :

بعد أن ذكرنا تعريف العقد بصورة عامة .. نتكلم عن تقسيمات العقد عند الفقهاء .. لنرى هل رتبوا مسمياته وفق أصول معينة أم تركوا هذا الترتيب وساروا على غير ذلك .

الملاحظ أن الفقهاء لم يضعوا خطة عامة يلتزموا بها جميعا على اختلاف مذاهبهم فى تعريف العقود .. كأن يبداوا بعقود التكليفات ثم الاسقاطات.. وهكذا .

انما هم على قدر من الترتيب ارتضاه كل مذهب ما ليسير رجاله عليه فتبعه الآخرون على منواله .. ولا نستطيع أن نبخس حقهم .. فهم اهتموا بالعقود ونظموها على اعتبارات مختلفة وبينوا ما يتعلق بتلك التقسيمات من فائدة .

ولربما أوردوا عقدا بعد عقد لأن هذين العقدين مثلا يضمان احكاما مشتركة بينهم .. فمثلا : من تلك التقسيمات التى تقوم على أساس الأثر المترتب على العقد **مايلى :**

عقود تمليك .. ثم عقود اسقاط .. ثم اطلاق .. ثم تقييد .. ثم شركات ثم توثيقات .. ثم حفظ (٧) .

واليك مثالا للتقسيمات التى درج عليها بعض الفقهاء .. فنأخذ تقسيما للحنفية ، وآخر للحنابلة كمثال .. ثم نقارن مقارنة مختصرة بينهما .

الفرع الأول :

تقسيم العقود فى كتاب البدائع :

جاء فى البدائع للكاسانى التقسيم التالى للمعاملات (٨) : ـــ

---

(٧) أنظر المدخل للحسينى ص ٤١٨ . وقد لجأ صاحب مرشد الحيران الى معيار وقف فيه على المحل الذى يقع عليه التعاقد . ففى المواد ٢٦٣ ـــ ٢٦٦ . ذكر انه يصح أن يرد العقد على الأعيان لتمليكها أو لحفظها أو للانتفاع بها بعوض أو بغير عوض أو على عمل معين من الاعمال الصناعية أو على حرفة معينة ـــ مرشد الحيران م / ٢٦٣ ـــ ٢٦٦ .

(٨) البدائع : انظر الفهرس فيه ومراجعة مابداخل الكتاب بعد ذلك .

الاجارة ، الاستصناع ، البيع ، السلم ، الكفالة ، الحوالة ، الوكالة ، الصلح ، الشركة ، المضاربة ، الهبة ، الرهن ، المزارعة ، المعاملة (المساقاة) ، الوديعة ، العارية ، القسمة ، الوصايا ، القرض .

الفرع الثانى :

تقسيم العقود فى كتاب المقنع :

جاء فى المقنع تقسيم آخر للمعاملات وهو **كما يلى** (٩) .

البيع ، السلم ، القرض ، الرهن ، الكفالة ، الصلح ، الوكالة ، الشركة ، المضاربة ، المساقاة ، المزارعة ، الاجارة ، العارية ، الوديعة ، الجعالة ، الهبة ، الوصايا .

المقارنة : من خلال رؤيتنا لهذين التقسيمين .. نجد أن الحنفية قد وضعوا للاستصناع بحثا خاصا به ، وقد وضعه صاحب البدائع بعد الاجارة. .لكننا نجد صاحب الاختيار لتعليل المختار (١٠) يجعله بعد السلم ، وكذلك سار على هذا .. كثير من فقهاء الحنفية .

أما بقية العقود .. فقد تساوى بها الحنفية مع الحنابلة .. ولكننا لا نستطيع أن نورد مناقشة تامة لهذه التقسيمات فهى تحتاج الى تفصيل يرجع اليها فى الكتب المختصة بذلك .

* * *

---

(٩) أنظر المقنع فى الفهرس ومراجعة ما بداخلة عند المقارنة .

(١٠) الاختيار لتعليل المختار ٢/٣٨ .

* المبحث الثالث :

* المقومات الأساسية للعقد :

أن العقد سواء كان ارتباط ايجاب وقبول أو التزام انسان ما بأمر من الأمور فمعنى هذا أن العقد يتوقف وجوده بصفة كاملة على الايجاب والقبول والعاقدان ، والمحل « المعقود عليه » .. فهذه الثلاثة هى مقومات العقد باتفاق الفقهاء لكنهم يختلفون باعتبار هذه الأمور كلهـا أركانا (١١) للعقد أم شروطا .

فغير الحنفية .. يعتبرونها أركانا للعقد (١٢) .. لأنه لايوجد ولا يتحقق الا بها (١٣) .

أما الحنفية : فيرون أن ركن العقد هو : صيغته (الايجاب والقبول فقط) (١٤) . .وهى ركن للعقد لأن الايجاب والقبول يدلان على الرضا الذى يتعلق به الحكم وما كان فى معناهما .

أما العاقدان والمعقود عليه فعندهم هى من شروط انعقاد العقد .. لانها خارجة عنه .. فلا يعد شيئا منها من أركانه .

وقبل التفصيل فى مقومات العقد بصورة عامة .. نورد شيئا من الايجاز عنها **هنا** :

١ ــ **صيغة العقد :** وهى التعبير الصادر من المتعاقدين لينبىء عن معنى التمليك والتملك .. وهذا التعبير يسمى بالايجاب والقبول فى عرف الفقهاء .. سواء كان التعبير لفظيا أم فعليا .

فاللفظى يسمى عند البعض بالمبادلة القولية أو الصيغة القولية .. وأما الفعلية فتسمى « التعاطى » .. وللفقهاء تفصيل كبير فى الصيغة سواء من جهة القول او الفعل .

---

(١١) ركن الشىء جانبه القوى .. كما فى مختار الصحاح / باب الراء .. وقيل الركن هو الذى اذا فقد من شىء لا يمكن وجود ذلك الشىء . كما يطلق الركن على معنى المتمم لماهية الشىء ويطلق على الجزء لماهية الشىء .. كقولهم « القيام ركن الصلاة » فالقيام جزء من الصلاة ..... انظر شرح المجلة لعلى حيدر ١٠٦/١ .

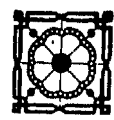
(١٢) كشاف القناع ١٣٥/٣ ، وانظر مطالب أولى النهى ٤/٣ ، وانظر بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

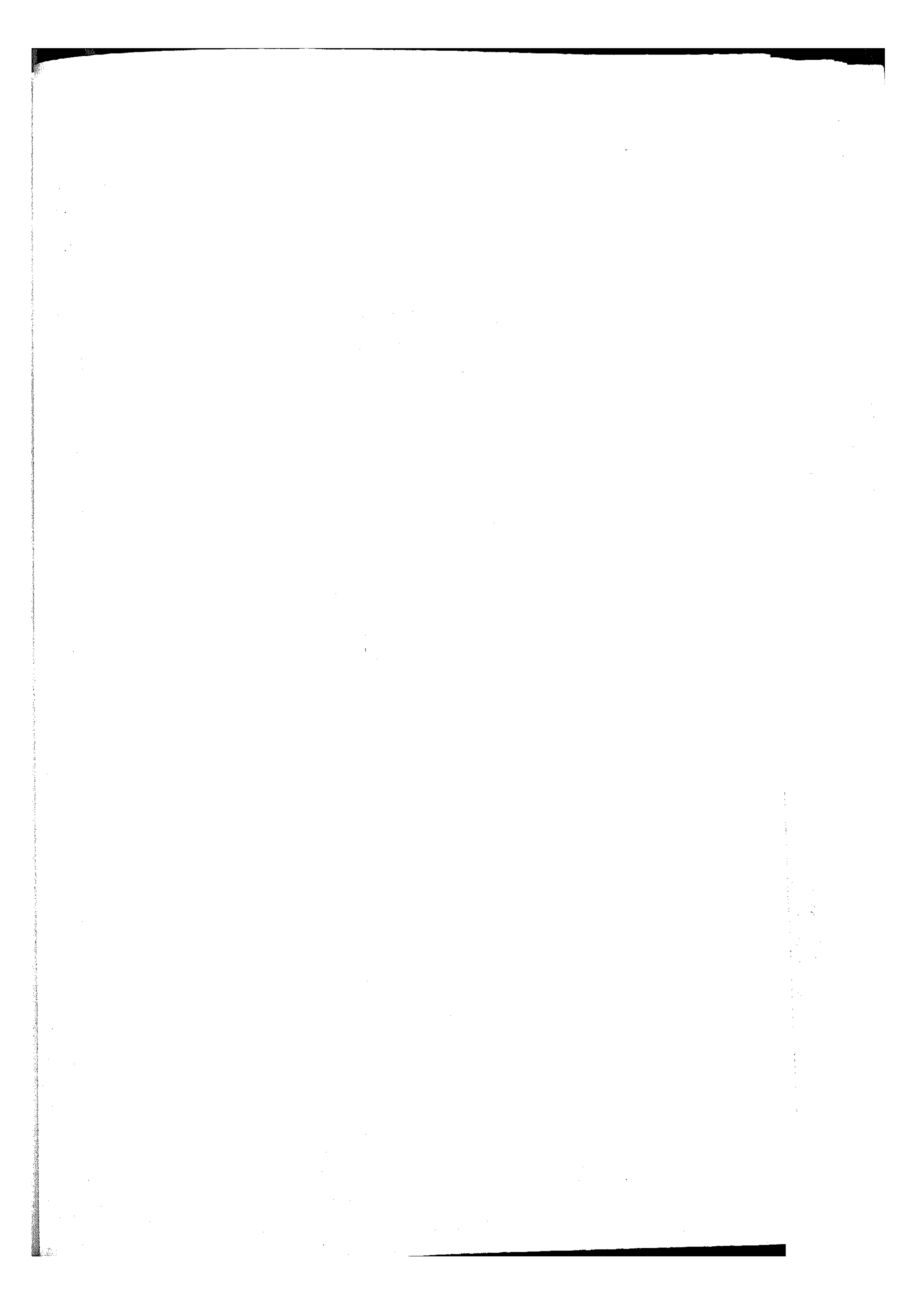
(١٣) المدخل للحسينى ص ٣٥٨ .

(١٤) الاختيار ٤/٢ .

٢ ــ **العاقدان :** وهما طرفا التعاقد أو مايسمى بالموجب والقابل وهما شرط من شروط الانعقاد عند الحنفية وركن عند الجمهور ولهما شروط عند الفقهاء نذكرها عند البحث فى الشروط العامة والخاصة فيما بعـــد ــ ان شاء الله .

٣ ــ **المعقود عليه :** وهو ما يسمى بمحل العقد عند أصحـــاب النظم الوضعية كالمصنوع أو المطلوب صنعه فى عقد الاســـتصناع .. ويشمل الثمن أيضا .. وله شروط سنوردها فى موضعها ــ أن شاء الله .





الباب الثانى
حكم عقد الاستصناع

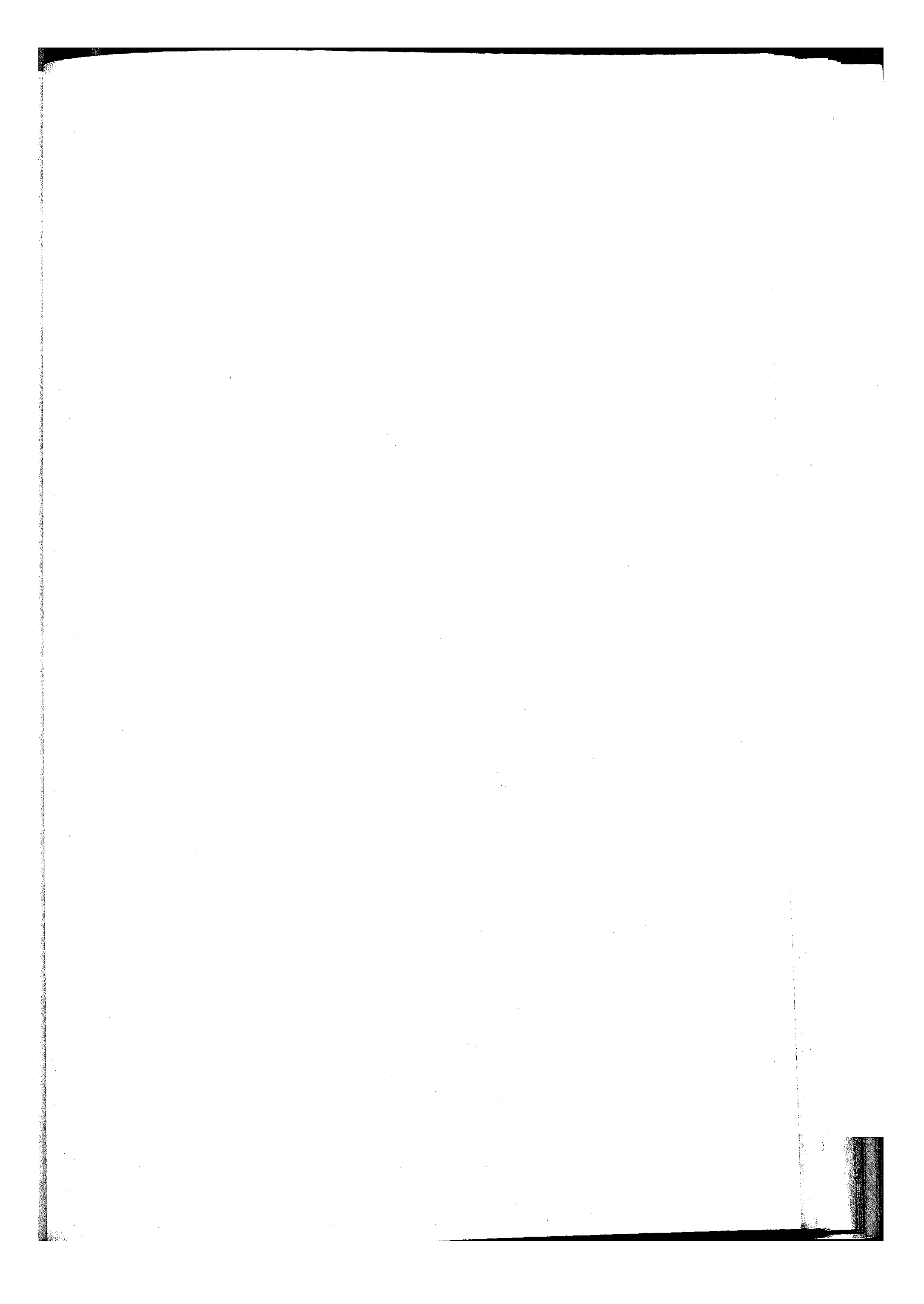
* * *

الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

الفصل الثانى : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى وصلته بالسلم

الفصل الثالث: حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى.

الفصل الرابع : حكم الاستصناع فى النظام الوضعى.



الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

تمهيـــد :

اتفقت كلمة فقهاء الحنفية تقريبا على مشروعية عقد الاستصناع .. فهو جائز عند جمهور فقهاء الحنفية .

الا أنه ورد عن زفر .. قول بالمنع أورده بعض فقهاء الحنفية مع راى الشافعى جنبا الى جنب ..

*** المبحث الأول :**

*** راى فقهاء الحنفية فى عقد الاستصناع :**

الفرع الأول : راى جمهور فقهاء الحنفية :

يرى جمهور فقهاء الحنفية مشروعية عقد الاستصناع (١) ، وحكمه عندهم الجواز واليك بعض النصوص من كتب فقهاء المذهب .

الامام محمد :

جاء عن الامام محمد بن الحسن فى الجامع الصغير قوله(٢) «لواستصنع رجلا شيئا ...... بغير أجل .. جاز استحسانا » .

*** الكاسانى :**

جاء فى البدائع (٣) .. فى معرض الكلام عن الاستصناع « اما جوازه فالقياس أن لا يجوز لانه باع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم .. وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عنـــد الانسان ورخص فى السلم ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك » ..

---

(١) انظر البدائع ٢٦٧٨/٦ . شرح فتح القدير ٣٥٥/٥ ، تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ ، شرح مجلة الاحكام لعلى حيدر ٣٥٨/١ ، الفتاوى الاسعدية ٥٧/٢ .

(٢) مخطوطة جامع الصدر الشهيد فى ترتيب الجامع الصغير ٦٣/١ .

(٣) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

الكمال بن الهمام :

وقال ابن الهمام عن الاستصناع بأنه « **جاز استحسانا** (٤) » .

السمرقندى :

أما السمرقندى فى تحفة الفقهاء .. فقد ذكر كلاما عن الاستصناع فقال « والقياس انه لا يجوز وفى الاستحسان جائز (٥) » ..

ابو بكر بن المنذر :

ويقول ابو بكر بن المنذر فى مخطوطته « وقال أبو حنيفة هو جائز .. وللمستصنع الخيار اذا رآه مفروغا منه (٦) » ..

الفرع الثانى : رأى المانعين للاستصناع :

نقل لنا بعض فقهاء الحنفية رأى زفر فى الاستصناع وبينوا أن زفر يرى عدم جواز عقد الاستصناع .

قال ابن الهمام (٧) : « والقياس انه لايجوز وهو قول زفر (٨) ... » .

والقياس من الأدلة القوية على المنع وبه قال جمهور الحنفية أنفسهم .. الا ان الجمهور أجازوا الاستصناع بالاستحسان .. والذى أراه أن زفر لايأخذ بالاستحسان لذا .. منعه .

*** المبحث الثانى :**

*** الأدلة :**

الفرع الأول : دليل المشروعية عند اصحاب الاتجاه الاول :

المطلب الأول : ادلة المجيزين للاستصناع :

يرى جمهور الحنفية .. أن الاستصناع جائز استحسانا (٩) .. وأنه عدل من القياس الذى بمقتضاه يكون الاستصناع غير جائز .

---

(٤) شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

(٥) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

(٦) انظر مخطوطة الاشراف لابى بكر بن المنذر ص ٢٧ وما بعدها .

(٧) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٨) زفر بن هذيل بن قيس العنبرى البصرى صاحب أبى حنيفة ــ ولد سنة ١١٠ هـ ــ وتوفى سنة ١٥٨ هـ ــ .

(٩) انظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٥٥/٥ ، البدائع ٢٦٧٨/٦ الفتاوى السعدية ٥٧/٢ ، تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

وجه الاستحسان (١٠) :

ووجه الاستحسان هو (١١) : التعامل بين الناس لهذا العقد .. فان هذا التعامل الدال على الاجماع العملى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير .. يعتبر حجة للعمل به .

والاجماع العملى هذا .. اعتبره الحنفية حجة قوية استنادا الى قول النبى صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .. وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح (١٢) » .. فتعامل الناس بالاستصناع وتعارفهم على عدم تحريمه واستمرار هذا التعامل من ذلك الوقت وعلم العلماء به دون نكير منهم على هذا التعامل يعتبر بحق دليلا قويا على جواز هذا التصرف واباحة هذا النوع من التعامل .

---

(١٠) الاستحسان له تعريفات كثيرة نذكر منها ما استقر عليه رأى المتأخرين كالسعد فى حاشيته على العضد ٢٨٨/٢ فانه يرى أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلى الذى تسبق اليه الأفهام .. وهو حجة لأن ثبوته بالدلائل التى هى حجة اجماعا .. لانه ثابت أما بالأثر كالسلم والاجارة .. وأما بالاجماع كالاستصناع وأما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار .. والاستحسان يراد به فى الغالب قياس خفى يقابل قياسا جليا .

وعلى هذا فان الاستحسان على هذه التفاسير ليس دليلا خارجا عما ذكر من الادلة ومن قال به من العلماء هم الحنفية والحنابلة وممن أنكره الشافعى .. قال الشافعى : من استحسن فقد شرع .. يعنى من أثبت حكما بأنه مستحسن عنده من غير دليل من قبل الشارع فهو الشارع لذلك الحكم لانه لم يأخذه من الشارع وهو كفر أو كبيرة .

قال العضد : والحق أنه لايتحقق استحسان مختلف فيه لأن من أخذ به ذكر فى تفسيره أمورا لاتصلح محلا للخلاف .. لان بعضها مقبول اتفاقا وهو التعريف السابق للاستحسان .. وبعضه متردد بين ماهو مقبول اتفاقا وما هو مردود اتفاقا .

(١١) جاء فى نظرية الغرر لضرير ص ٥٩٩ : الاستحسان لابد له من مستند يستمد منه حجيته .. وهو ما يعبر عنه بوجه الاستحسان فقد تتبعت المواطن التى ذكر فيها الحنفية الاستحسان .... فوجدت أنهم يوجهون الاستحسان فيها تارة بالحاجة ، وتارة بالتعامل .. وقد عرفنا أن التعامل يرجع الى الحاجة .. فيكون الاستحسان راجعا الى الحاجة .... والواقع ان التعامل والاستحسان ليسا بعاملين منفصلين عن الحاجة .. فالحاجة هى الأصل والتعامل والاستحسان يرجعان اليها ؛ ولا يتصور تعامل من غير حاجة .. كما ان الحاجة العامة أو الخاصة لاتعرف الاعن طريق التعامل العام أو الخاص .

(١٢) عن عبد الله بن مسعود — رضى الله عنه — قال : « ان الله نظر فى قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد ، فاصطفاه لنفسه فابتعثه برسالته .. ثم نظر فى قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رأى المسلمون حسنا فعند الله حسن، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء » .. رواه الامام احمد فى مسنده ٣٧٩/١ .

قال القسطلانى (١٣) عند تعرضه لحديث الخياط « ان فيه جواز الاجارة على الخياطة ردا على من أبطلها بعلة أنها ليست بأعيان مرئية ولا صفات معلومة » .

وفى صنعة الخياطة .. معنى ليس فى سائر ما ذكره البخارى من ذكر القين والصائغ والنجار .. لأن هؤلاء الصناع انما تكون منهم الصنعة المحضة بما يستصنعه صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب .. وهى أمور من صنعة يوقف على حدها ولا يخلط بها غيرها .

والخياط .. انما يخيط الثوب فى الأغلب بخيوط من عنده .. فيجتمع الى الصنعة الآلة .. واحداها معناه النجارة .. والأخرى الاجارة .. وحصة احداهما لا تتميز من الأخرى ، وكذلك هذا فى الخراز والصباغ اذا كان **بخيوطه** .. ويصبغ هذا بصبغه على العادة المعتادة فيما بين الصناع .. وجميع ذلك فاسد فى القياس ..

الا أن النبى صلى الله عليه وسلم وجدهم على هذه العادة أول زمن الشريعة فلم يغيرها .

اذ لو طولبوا بغيره لشق عليهم فصار بمعزل عن موضع القياس .. والعمل به ماض صحح لما فيه من الارفاق » .

وجه آخر للاستحسان :

وهناك وجه آخر للاستحسان وهو الحاجة (١٤) الماسة الى هذا العقد .. فالانسان قد يحتاج الى أى مصنوع من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة .. وقلما يتفق وجوده على المطلوب فيحتاج الانسان الى أن يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس فى ضيق وحرج .. ولا حرج فى الدين فهو يسر لا عسر فيه .. وما جعل الله علينا فى الدين من حرج .. والا فكيف ييسر للناس الوصول الى ما يريدون من الصناعات المختلفة اذا أغلقنا باب الاستصناع فى وجوههم .. مع أن الاستصناع هو اقرب طريق للانسان يصل به الى تحقيق احتياجاته وتيسير حياته ، واستمرار هذه الحياة .

---

(١٣) ارشاد السارى للقسطلانى ٦٦/٥ ، ٦٧

(١٤) جاء فى نظرية الغرر للضرير ص ٥٩٩ : أن الحاجة هى : أن يصل المرء الى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون فى جهد ومشقة .. ولكنه لا يهلك .. فالحاجة الى عقد من العقود تكون فى حالة ما اذا لم يباشر المرء ذلك العقد كان فى مشقة وحرج .

والاستصناع أكثر تجاوبا مع الحضارة التى توســـع أفقها فى بلدان كثيرة .. كبغداد وما جاورها والمغرب العربى وما يحيط بها من البلدان.. مما حدا بفقهاء تلك الأمصار الى حل مشاكل الناس حسب روح الشريعة الاسلامية السمحاء .. فأجيز هذا النوع من التعامل العقدى .. وذلك لعدة أسباب منها انعدام الغرر فيه المؤدى الى المنازعة .. وانعدام الجهـــالة المؤدية الى القطيعة والمشاحنة .

وفيه تيسير على الناس وتوسيع لباب المعاملات بما يحقق للمسلمين استقرارهم وازدهار حضارتهم .. فالتشريع الاسلامى لا يضيق ولن يضيق عن استيعاب كل ما يعود على البشرية من خير .. سواء فى معاملاتهم او فى تحقيق أمنهم أو فى رفع مستواهم البشرى والحضارى والعلمى .

* المطلب الثانى :

* السـنة :

يرى بعض من أجاز هذا النوع من المعاملات أن جوازه يستند الى السنة النبوية .. فقالوا :

أ — ان حديث استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم يدل على أن مشروعية الاستصناع دليلها السنة .. « فقد استصنع الرسول صلى الله عليه وسلم خاتما (١٥) » ونقل شارع المجلة العدلية فقال : الاستصناع « ثبتت مشروعيته بالسنة واجماع الأمة » .. « أما السنة فقد استصنع النبى صلى الله عليـــه وسلم الخاتم (١٦) » .

ب — كمـــا يستدل من السنة على مشروعية الاستصناع بما روى من ان الرسول صلى الله عليه وسلم استصنع المنبر (١٧) .

---

(١٥) انظر شرح فتح القدير ٥/٣٥٥

(١٦) انظر الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٣٥٨

(١٧) لم يرد الحديث « باستصناع المنبر » وانما الذى ورد حسب ماطلعت عليه فى كتب السنة هو ما يلى : — روى البخارى فى صحيحه عن ابى حازم قال : اتى رجال سهل ابن سعد يسالونه عن المنبر فقال : بعث رسول الله صلى الله عليه وســـلم الى فلانة امراة قد سماها سهل : أن مرى غلامك النجار يعمل لى اعوادا اجلس عليهم اذا كلمت الناس .. فأمرته يعملها من طرفاء الغابة .. ثم جاء بها فارسلت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها فأمر بها فوضعت فجلس عليه » =

ولكن حديث استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم(١٨) أكثر قبولا وذلك .. لأن حديث المنبر طال النقاش فيه حول الصورة التى تم بها الاستصناع .. وهل هو استصناع بالمعنى المراد فى اللغة الا وهو طلب الصنعة .. أم هو هدية من صانعه للرسول صلى الله عليه وسلم .

هذه التساؤلات وغيرها تحولنا للأخذ باستصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم عن استصناعه للمنبر .

* المطلب الثالث :

* الاجماع العملى :

ومن الاجماع العملى استدل فقهاء الحنفية على مشروعية الاستصناع.. حيث أوردوا أنه ثبتت مشروعية الاستصناع بالاجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا .. دون نكير .

فالاجماع .. منعقد على جوازه للحاجة .. وكذلك فان الدين يسر .. فالناس احتاجوا لهذا التعامل فعملوا به ولم يجدوا نكيرا عليهم .. ولا عبرة بخلاف البعض .

* المطلب الرابع :

* المعقول :

ومن المعقول استدل الحنفية بأن الاستصناع جائز استحسانا لحاجة الناس اليه تلك الحاجة الماسة مع شرط أن يكون ما يستصنع متعامل به بين الناس .

= * وفى رواية فى البخارى أيضا عن جابر بن عبد الله — رضى الله عنهما — ان امرأة من الأنصار قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله الا أجعل لك شيئا تقعد عليه .. فان لى غلاما نجارا قال : ان شئت .. فعملت له المنبر فلما كان يوم الجمعة قعد النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر الذى صنع ... الحديث . « ارشاد السارى للقسطلانى ٥/٦٧ — ٦٨ ، أنظر فتح البارى للعستلانى ٤/٢٦٨

* قال القسطلانى تعقيبا على هذين الحديثين « ... يحتمل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بلغها أنه يريد عمل ألمنبر فلما بعث اليها بداته بقولها : الا اجعل لك شيئا تقعد عليه فقال لها مرى غلامك فعملت له المنبر .... أ هـ » .

(١٨) ورد الحديث فى اصطناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم فى باب الصاد والنون من النهاية فى غريب الحديث والأثر ٣/٥٦ ،انصه « اصطنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما من ذهب » .. قال ابن الأثير « أى أمر أن يصنع له ، كما تقول اكتتب أى أمر ان يكتب له .. والطاء بدل تاء الافتعال لأجل الصاد » ... أهـ .

وقيل أيضا .. بأن الاستصناع انما جاز استحسانا لما يلى (١٩) :

١ — للتعامل الراجع الى الاجماع العملى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ — لاستصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم .

٣ — ان جواز هذا العقد داخل ضمن الكثير من المعاملات التى يغتفر فيها جهالة أحد العوضين اذا كانت يسيرة لا تؤدى الى النزاع فى المعاملات .

فمن ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى الحجام اجره عندما احتجم عنده مع أن مقدار الحجامة غير معروف عند التعاقد ولا كمية الدم المستخرج (٢٠) .

٤ — ومثل هذا شرب الماء من السقا .. فالسقا يعطى الماء للعطشان بدون تحديد لكميته .. ولا معرفة لما سيعطى الشارب للماء .. فهى جهالة يسيرة لا تؤدى الى نزاع كما سبق ذكره فى الحجامة ..

٥ — ولسماع النبى صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام .. فأباحه بمئزر ولم يبين له شرطا .. وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه والى الآن .. مع عدم ذكر ما يصب من الماء ولا مدة المكث ونحو ذلك .

= * وفى الاعتبار ٢٣١ — ٢٣٢ . « روى عن نافع عن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب وكان يجعل فصه الى باطن كفه .. اذا لبسه فصنع الناس ثم انه جلس على المنبر فنزعه .. وقال انى كنت البس هذا الخاتم واجعل نصه من داخل .. فرمى به ثم قال : لا والله لا البسه ابدا فنبذ الناس خواتيمهم . ثم عقب صاحب الاعتبار فى ص ٢٣٣ : هذا حديث صحيح ثابت وله طرق فى الصحاح فى كتابيهما من عدة طرق »

(١٩) أنظر شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

(٢٠) روى البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما — قال : « احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره » قال ابن حجر : احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره .. وزاد من وجه آخر « ولو علم كراهية لم يعطه وهو ظاهر فى الجواز » .... وعرف به أن المراد بالكراهة التحريم .. وكان ابن عباس أشار بذلك الى الرد على من قال أن كسب الحجام حرام . =

ويقول الكاسانى (٢١) : « ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك فى سائر الاعصار من غير نكير .. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **لاتجتمع أمتى على ضلالة (٢٢)** » .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .. وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح**» (٢٣)..

ولأن الحاجة تدعو اليه فقد يحتاج الانسان الى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة .. وهذا قلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الانسان الى أن يستصنع مثل هذه المصنوعات وغيرها .. فلو لم يجز لوقع الناس فى الحرج .

وقال الكاسانى أيضا .. « لأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والاجارة لأن السلم عقد على مبيع فى الذمة .. واستئجار الصانع يشترط فيه العمل » .. وما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزا (٢٤) .

ويرى صاحب العناية (٢٥) : ان كان قد توفر فى الاستصناع شرط التعامل فيجوز استحسانا .. ووجه الاستحسان عنده : الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس فى سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير .. أما القياس فيترك بمثله كدخول الحمام .

= واختلف العلماء فى هذه المسألة .. فذهب الجمهور الى انه حلال واحتجوا بهذا الحديث « .... أ هـ . انظر فتح البارى ٣٧٧/٤ ط دار المعرفة بيروت .

(٢١) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٢٢) جاء فى السنن لابن ماجه ١٣٠٣/٢ حدثنى أبو خلف الأعمى قال : سمعت انس ابن مالك يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أن أمتى لاتجتمع على ضلالة .. فاذا رأيتم اختلافا فعليكم بالسواد الأعظم » .. وفى اسناده أبو خلف الاعمى واسمه حازم بن عطاء وهو ضعيف .. وقد جاء الحديث بطرق كلها نظر .. قاله العراقى فى تخريج أحاديث البيضاوى وفى حاشية السنن « قال السيوطى : فى تفسير « السواد الاعظم » اى جماعة الناس الذين يجتمعون على سلوك المنهج المستقيم والحديث يدل على أنه ينبغى العمل بقول الجمهور » .

(٢٣) سبق تخريج هذا الحديث فى ص ٩٧ .

(٢٤) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

(٢٥) انظر العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

وأما صاحب تحفة الفقهاء فقد قال (٢٦) : ان الاستصناع جائز استحسانا لتعامل الناس فلا جرم عنده انه اختص بالجواز .. ان كان متعاملا به فى الخف مثلا والقلنسواة والأوانى ونحوها .. بعد بيان القدر والصفة والنوع .

وخلاصة القول : أن مشروعية (٢٧) هذا العقد مستنده السنة والاجماع العملى والاستحسان وقد فصلنا القول بها فيما سبق .

الفرع الثانى : ادلة المانعين :

سبق وأن بينت أن زفر منع الاستصناع للقياس فهو دليل قوى بالنسبة لزفر لكونه لم يأخذ بالاستحسان .. وهذا كل ما يمكن أن يقال عن أدلة المانعين للاستصناع .

المناقشة والترجيح :

مما اطلعنا عليه .. فان المانعين والمجيزين لم يحصل بينهم اى نزاع ولم يذكر شرح لسبب المنع .. لذا سيكون الراجح فى هذا الموضوع هو رأى المجيزين للاستصناع لأدلتهم التى ذكرناها آنفا وهى الاستحسان والسنة والاجماع العملى الذى هو حجة عند المجيزين وغيرهم .

* * *

---

(٢٦) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢

(٢٧) جاء عن القسطلانى فى شرحه لحديث الخياط الذى رواه البخارى أن : فى الحديث جواز الاجارة على الخياطة ردا على من أبطلها بعلة أنها ليست بأعيان مرئية ولاصفات معلومة وفى صنعة الخياطة معنى ليس فى سائر ماذكره البخارى من ذكر التين والصائغ والنجار لأن هؤلاء الصناع انما تكون منهم الصنعة المحضة فيما يستصنعه صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب وهى أمور من صنعة يوقف على حدها ولايخلط بها غيرها . والخياط انما يخيط الثوب فى الأغلب بخيوط من عنده . فيجتمع الى الصنعة الآلة واحداهما معناه التجارة والأخرى الاجارة وحصة احداهما لاتتميز من الأخرى .... وجميع ذلك فاسد فى القياس .. الا أن النبى صلى الله عليه وسلم وجدهم على هذه العادة أول زمن الشريعة فلم يغيرها اذ لو طولبوا بغيره لشق عليهم فصار بمعزل عن موضع القياس .. والعمل به ماض صحح لما فيه من الأرفاق » . ارشاد السارى القسطلانى ٦٦/٥ — ٦٧

* المبحث الثالث :

* حكمة مشروعية عقد الاستصناع :

بعد استعراضنا للاستصناع كعقد مستقل ، وبيان حكمه ، وهل هو مشروع أم غير مشروع .. وعرفنا أنه مشروع وبينا أدلته والراجح فيه أنه مشروع .

فيحسن بنا أن نذكر الحكمة التشريعية لهذا العقد فنقول : أن الاسلام قائم على أساس حفظ النفس والبدن والمال وغيرها مما يسمى بحفظ الحاجيات .

وهذا يحتاج الى أمور تعين على قضاء هذه الحاجيات .. ومن ذلك المواد التى غالبا ما يسد الانسان حاجياته بها .. كالمصنوعات التى ما فتئت تتغير من زمن الى آخر ومن مكان الى آخر .. وتتطور تطورا كبيرا .. فالاسلام يضع الأسس العامة للتعامل بهذه الصناعات ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض .

والسلم وحده لايسد كل الحاجيات هذه والتى كما قلنا تطورت جوانبها من زمن بعيد .. وكذلك الاجارة على العمل وحدها لاتسد كل هذه الحاجيات .. وتطبيقا لقول الله تعالى : (اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا (٢٨) .

لابد وبالضرورة ، ووفقا لما قاله الله تعالى ان تكون هذه المعاملات لها حل فى الاسلام .. فكان للفقهاء راى فى المعاملات التى يحتاجها الناس فى حياتهم سواء كانت هذه المعاملات بيعا أم سلما أم استصناعا أم مضاربة ...... الخ .

ولكى يسير الناس على هدى من نظام دقيق واضح فى معاملاتهم .. وبذلك يقضى على اسباب الشكوى واساس النزاع .. ويتوافر للناس كل مقومات حياتهم بلا مشقة أو ضرر مع ترك مايخالف منهج الله كالربا والجهالة والغرر .

وموضوعنا عقد الاستصناع .. هو عقد لايدخل فيه شىء مما نهى الله عنه من هذه الأمور أن تعومل به وفق أحكامه العامة والخاصة من كل

---

(٢٨) المائدة/٤

جوانبه .. فقد شرع هذا العقد لسد حاجيات الناس ومتطلباتهم .. فالصانع يحصل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة هى وفق الشروط التى يمليها المستصنع كالمواصفات والمقايسات وغير ذلك .

والمستصنع يحصل له الارتفاق بسد حاجياته بوفق ما يراه مناسبا لنفسه وبدنه وماله وحاجياته .. أما الموجود فى السوق من مصنوعات سابقة الصنع .. فقد لايسد الانسان حاجياته بها لسبب أو آخر .. فلا بد من الذهاب الى من لديه الخبرة والابتكار .. وهذه قد تتضح أكثر لو تطلعنا الى حاجيات الدول فيما بينها والشركات كبيرها وصغيرها الى الصناعات الحربية والاقتصادية والتعليمية والصحية وما الى ذلك .

فعندئذ .. لما تقضى حاجات الناس جميعا أفرادا وشركات ودولا على وفق منهج شرع الله . تحل مشاكلهم ويزدادوا طمأنينة فى هذه الحياة البالية الفانية ..

* * *

الفصل الثانى : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى وصلته بالسلم

* المبحث الأول :

* حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى :

تمهيد :

ان عقد الاستصناع لم يكن مستوفيا للبحث عند أصحاب الاتجاه الثانى « المالكية ، الشافعية ، الحنابلة » .. لذا .. سأورد موقف أصحاب الاتجاه الثانى من الاستصناع وأبدأ بالمالكية .. حسب الترتيب التاريخى.

الفرع الأول : حكم الاستصناع عند المالكية :

قلنا أن المالكية الحقوا الاستصناع بالسلم .. وانهم يريدون به طلب الصنعة على أساس السلم .. وبأحكامه .. فيأخذ بناء على هذا شروط السلم .. وبما أننا سندرس الاستصناع ذلك العقد المستقل ذو الأحكام الخاصة به ، والشروط المنفرد بها . فيكون بحثنا فى حكم الاستصناع عند المالكية خاص ببيان وجهة نظرهم عنه .

فأكثر فقهاء المالكية وخاصة شراح خليل .. وعند البحث فى السلم .. يعرجون الى ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز .

فابن رشد .. قلنا أنه عند كلامه عن السلم .. ذكر (١) لنا نقطة مهمة يبدوا أنها ذات مكانة عظيمة فى عصرهم .. الاوهى السلم بالصناعات .. فأدخلوا حكم التعامل بالصناعات فى السلم وبينوا مايجوز فيه ، وما لايجوز واشترطوا شروطا لما يجوز فيه حتى يبعد عن المنع فقال ابن رشد : السلم بالصناعات .. وتحته قسم التعامل بالصناعات الى أربع حالات منها : حالة ما اذا لم يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله .. ولم يعين المعمول منه .. فأعطى ابن رشد هذا النوع حكم السلم .

---

(١) المقدمات لابن رشد ــ طبعة بولاق ص ٥١٣

أما خليل فى مختصره (٢) وشراحه نلمس من كلامهم عن السلم .. وبالذات فيما يجوز السلم فيه وما لا يجوز أنهم بحثوا مسالته بعد مسالة الشراء من دائم العمل ومثلوا للشراء من دائم العمل بالخباز .. فجوزوا هذا على أنه بيع .. ثم قالوا : فان لم يدم « أى ان البائع غير دائم فى عمله بل مؤقت » .. فهو سلم بأحكامه .. ومن الذى يشبه السلم ايضا الاستصناع .. وعندهم : الاستصناع الذى يشبه السلم يجوز التعامل به على انه سلم سواء كان الصانع دائم العمل أم غير دائم العمل بأن كان وقتيا أو موسميا مثلا .

وفى حاشية المدنى (٣) : لو أعطى للصانع الذى يصنع الآجر او الجيار ثمن شيء معلوم واخذ منه حالا أو الى اجل قريب او بعيد لجاز ذلك .. على أنه سلم .

وجاء فى الشرح الصغير (٤) : مايدل على ان استصناع السيف أو السرج أو الثوب اوالباب ونحو ذلك من حداد أو سروجى او حائك أونجار على صنعة معلومة وبثمن معلوم جائز .. وهو سلم يشترط فيه شروطه المعروفة .

لهذا .. نجدهم يشترطون أن لايعين العامل (الصانع) ولا المعمول منه (المستصنع فيه) فى الاستصناع ..

جاء فى المدونة (٥) فان اشترط أن يعمله هو نفسه أو اشترط عمل رجل بعينه قال « لايمكن هذا سلفا لأن هذا الرجل سلف فى دين مضمون على هذا الرجل وشرط عليه عمل نفسه وقدم نقده .. فهو لايدرى ايسلم هذا الرجل الى ذلك الأجل فيعمله له أم لا ؟ فهذا من الغرر وهو ان سلم عمله له .. وان لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا .. فيكون الذى اسلف اليه قد انتفع بذهبه باطلا » .

وفى تعيين المستصنع فيه جاء ايضا فى المدونة : بانه اسلفه كما وصفه فى المسالة الأولى السابقة الذكر « فى تعيين العامل » على أن يعمل له ما

(٢) مختصر خليل مع مواهب الجليل للحطاب ٥١٤/٢
(٣) حاشية المدنى على الرهونى ٢٥٢/٣
(٤) الشرح الصغير للدردير ٢٨٧/٣
(٥) المدونة لمسالك ١٩/٩

اشترط عليه من حديد قد أراه اياه ، أو ظواهر أو خشب أو نحاس قد أراه اياه .. قال مالك ــ رحمه الله ــ لايجوز ذلك .. لأنه لايدرى أيسلم ذلك الحديد أو الظواهر أو الخشب الى ذلك الأجل أم لا .. ولايكون السلف بشيء بعينه ..

مسألة الشروع فى الصنع :

ان التعاقد مع صانع شرع فى عمل مصنوع مسبقا على أن يكمله على صفة معينة نظير عوض معين .. جائز .. ان شرع فى الصنع ليكمله بالفعل وفى الحال أو لمدة قليلة كخمسة عشر يوما فأقل ..

أما اذا كان غير ذلك بأن تأجل أكثر .. فلا يجوز .. لأنه يكون من قبيل بيع مبيع معين تأخر قبضه وتسليمه .

وللجواز .. يشترط أن يكون عند الصانع من المادة الخام مايستطيع أن يكمله منه .. اذا صنعه .. بحيث اذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره وأعاده وكمله مما عنده من المادة الخام .

قال الدردير (٦) : « وجدت نحاسا يعمل طشتا أو حلة أو تورا أو غير ذلك فقلت له كمله لى على صفة كذا بدينار .. يجوز .. ان شرع فى تكميله بالفعل أو بعد أيام قلائل كخمسة عشر يوما فأقل » .

وقال الدسوقى (٧) : « ومحل الجواز اذا كان عند النحاس نحاسا بحيث اذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره وأعاده وكمله مما عنده من النحاس.

رأينا فى المسألة : من هذا كله .. نخلص الى أن مسائل الاستصناع داخلة فى السلم بكل جوانبه .. وهو جائز عند المالكية .. فيأخذ عندهم حكم السلم بشروطه .

والسلم جائز استثناء من بيع ماليس عند الانسان (٨) .. وبمــا أن السلم ليس بموضوعنا وانما نعرج عليه ، ويكون التفصيل فى ذلك مكانه كتب الفروع .

---

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ١٩٤/٣

(٧) حاشية الدسوقى ١٩٤/٣

(٨) الحطاب على خليل ٥١٤/٤

أما مسألة الشروع فى العمل التى أوردها المالكية فهى موافقة لبعض صور الاستصناع عند الحنفية وانه بيع وليس بسلم بشرط أن تكون المادة المطلوب صنعها موجودة وذلك منعا للمنازعة بحيث يقدر الصانع على تسليم ما تعهد بصنعته سواء وافق المصنوع المستصنع من أول مرة أو بعد كسر المصنوع واعادة صنعته مرة اخرى .

وارى أن هذا تجديد فى المذهب كما نفهم من عبارة الدردير وانه لاخلاف بين مذهب الحنفية والمالكية فى جواز هذا العقد الا من حيث الشكل فقط .

فالمالكية .. يرونه بيعا موجودا معينا .. والحنفية يرونه بيعا موصوفا فى الذمة وهذا خلاف شكلى اذا نظرنا الى عرف الناس اليوم .. وانهم لايشترطون البدء بالصناعة فورا ، وانما الشرط هو فى موعد التسليم .. وأن الصانع سواء كان فردا أو شركة يبدأون فى الغالب فور التعاقد على الشىء المطلوب صنعه فى العمل فيه ولهذا .. يضربون أجلا للتسليم بقصد الاستعجال لا الامهال .

* * *

الفرع الثانى :

حكم الاستصناع عند الشافعية :

لو تصفحنا كتب الشافعية لوجدنا أن التعامل فى المطلوب صنعه والمحتاج اليه فى الحياة العملية .. داخل فى باب السلم .

فقهاء الشافعية (٩) .. جوزوا السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته .. فعندما يراد صنع مائدة من الخشب أو الحديد أو الألمنيوم أو من أى شىء آخر من المواد الخام التى أنعم الله علينا بها .. لاستطعنا أن نعرف كيف نصل الى مانريد سواء كان عن طريق الاجارة والمادة من عند المستصنع أو عن طريق السلم عند الشافعية .

ولكن الشافعية .. لايجوزون هذا التعامل كغيرهم من أصحاب الاتجاه الثانى الا اذا ضبطت صفات المطلوب صنعه .. لأن مالا تضبط صفاته يكون مجهولا والمجهول لايجوز التعاقد عليه سواء بالبيع أم بالسلم أم بالاجارة .

ولكن .. ماهى المعانى التى تحملها هده الضوابط التى يطلبها الشافعية فى السلم بالصناعات ؟

ينقل لنا الركبى عن الهروى قوله (١٠) « الضبط : لزوم الشىء بقوة ، ورجل ضابط قوى شديد البطش » .

وقال الركبى(١١) : ان ضبط الشىء حفظه بالجزم ، والرجل ضابط أى حازم .

ومن الأمثال التى ساقوها فى هذا المضمار بخصوص المواد الخام والمطلوب صنعه من الحاجيات هى الأثمان ، والحبوب ، والثياب ، والفخار ، والزجاج .

لهذا نجد الشافعية .. لايجوزون السلم بهذه الأشياء المذكورة أعلاه الا اذا كانت مادته مضبوطة الأوصاف .. اى حفظت بقوة بحيث لايؤدى التعامل بها الى الجهل « والغرر بلا حاجة (١٢) » .

---

(٩) المهذب للشيرازى ٢٩٧/٢

(١٠) النظم المستعذب مع المهذب للركبى ٢٩٧/١

(١١) نفس المصدر السابق .

اما السلم بالأوانى المصنوعة والمختلفة الاعلى والاسفل كالابريق ، والمنارة (١٣) ، والكرازة (١٤) فلهم فيها وجهان :

الوجة الأول : لايجوز السلم بها .. وذلك لأنها مختلفة الأجزاء ، فلم يجز السلم فيها كالجلود .

الوجه الثانى : يجوز السلم بها .. لأنهـا يمكن وصفها .. فجـاز السلم فيها كالأسطال المربعة والصحاف الواسعة (١٥) .

بعد هذا كله .. نستطيع القول .. بأن طلب الصنعة درس دراسة لا بأس بها عند الشافعية .. الا انهم جعلوه ضمن احكام السلم .. فهم استعملوا الفاظا تنبىء عن هذا الاهتمام وتزيدنا بمعرفة حكمه عندهم .

جاء فى المهذب (١٦) «يجوز السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته» .. ومثل لهذا بأشياء تدل على أنها لاتباع الا بعد صنعها كالفخـار .. وجوز أيضا التعامل بالورق المصنوع..لأنه معلوم القدر ، ومعلوم الصفة.. اما فى صبغ الغزل ونسجه..فيقول صاحب المهذب (١٧) « ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الاصل » .

وفى الثياب .. قال الشيرازى أيضا : واختلف أصحابنا فى الثوب المعمول من غزلين .. فمنهم من قـال : لايجـوز .. لأنهما جنسـان مقصودان ، لايتميز أحدهما عن الآخر فأشبه الغالية .

---

(١٣) **المنارة :** الاصل منورة قلبت الواو الفا لتحركها ، وانفتاح ماقبلها . موضع النوز كالمنارة . **والمنارة** : الشمعة ذات السراج وفى المحكم « المسرجة » وهى التى يوضع عليها السراج . قال **ابو ذؤيب** : وكلاهما فى كفه يزينه .'. فيها سنانكالمنارة أصلع اراد ان يشبه السنان فلم يستقم له فاتبع اللفظ على المنارة وقوله أصلع يريد أنه لا صدا عليه فهو يبرق « .. شرح القاموس لمحمد الزبيدى /(فصل النون من باب الراء .

(١٤) **الكراز** : كوز ضيق جمع كرزان كغراب جمع غربان . وقال **ابن دريد** : ولا أدرى اعربى هو ام معرب ــ غير ان العرب قد تكلموا به » .. شرح القاموس / باب الزاى .

(١٥) تمعن فى كلام الشافعية بالوجه الثانى تجد انهم يعللون ذلك بكونها يمكن وصفها .. ومثلوا بالأسطال المربعة . اى انه يجوز فى الاوانى المختلفة الأعلى والاسفل كما يجوز فى الاسطال المربعة .

اذن .. صنع الاسطال والصحاف الواسعة يكون وصفها ممكنا وسهلا ..

ومن كلامهم ان السلم بالأوانى جائز اذا كانت مضبوطة الأوصاف نستخلص جواز السلم فى الاموال المصنوعة باليد قديما .. وبالمـاكينة حديثا .. لا بل التى تصنع بالمـاكينة اقرب للجواز .. لان الذى يخرج منها من انتاج متساوى الى حد كبير .

(١٦) المهذب ٢٩٧/١

(١٧) نفس المصدر السابق .

ومنهم من قال يجوز .. لانهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما ..

وفى روضة الطالبين للنووى (١٨) : يجوز السلم فى الكاغد عددا .. ويبين نوعه وطوله .. والكاغد : هو من مصنوعات الورق غالبا .

الصناعة بالقالب :

ان أكثر الصناعات الحديثة يتم عن طريق التفنن بالشىء وضبط صفات المطلوب صنعه حسب المواصفات .. ثم يتم صنعه عن طريق القالب المصبوب بالماكينة أو الفرن . واذا كان كذلك .. فالتعامل به يبعد الغرر والجهالة الى حد كبير .

لهذا .. نجد هذه النقطة قد أثارها النووى حيث جوز السلم فيما يصب منها فى القالب لعدم اختلافه (١٩) .

علة المنع عند الشافعية :

بعد أن عرفنا أن الشافعى يمنع الاستصناع أن لم تضبط صفات المستصنع فيه . وذلك فى حالة كون المستصنع فيه يشمل مادتين فاكثر ويجوز مطلقا بلا شرط أن كان من مادة واحدة .

فيكون الاستصناع جائز عند الشافعى أن ضبطت صفاته ، وأبعدت كافة الأمور المؤدية للمنازعة .

وكذلك يفهم ذلك منكلام فقهاء الشافعية..كتجويز النووى (٢٠) للسلم فى الصناعات التى تتم بالقالب .. انما مؤداة ضبط المطلوب صنعه .. وفى القالب يتم هذا الضبط .

وقول النووى (٢١) : فى الأسطال المربعة .. وهى المادة المطلوب صنعها فى الحياة العملية لكثير من البشر .. والمكونة عادة فى وقتنا الحاضر من الحديد أو النحاس أو الصفر أو البلاستيك .. وتشديه الامام النووى (٢٢) فى مسألة صنع الثياب ان يذكر جنس الخيط كأن يكون من

---

(١٨) ٢٨/٤

(١٩) نفس المصدر السابق .

(٢٠) روضة الطالبين للنووى ٢٨/٤

(٢١) نفس المصدر السابق .

(٢٢) نفس المصدر السابق ٢٥/٤

ابريسم او قطن أو كتان . والنوع ، والبلد الذى ينسج فيه أن اختلف به الغرض .. الى أن يذكر : ويجــوز الســلم فى القمص والسراويلات اذا ضبطت طولا ، وعرضا ، وسعة ، وضيقا (٢٣) .

فعلى هذا .. نجد أن أصحاب الشافعى يتفقون مع الامام الشافعى فى جواز السلم بالصـــناعات أن كان من مادة خام واحـــدة أو أكثر بشرط ضبط الصفة .

أما قول صاحب المهذب (٢٤) : بأنه لايجوز السلم فيما يجمع أجناســـا مقصودة لا تتميز كالغالية .. والسبب فى هذا المنع لأن الغالية تكون عادة من عدة مواد خام .. فهى تكون عادة من الكافور والعنبر المخلوط بمـــاء الورد .

رأى المطيعى (٢٥) :

ثم جاء المطيعى فى تكملته للمجموع للنووى .. فتكلم عن الصناعات فى باب السلم فأدخل فى هذا النوع من العقود كثيرا من المصنوعات الحديثة . وجوز (٢٦) التعامل بها على أساس طلب الصنعه وأعطاها حكم السلم .

ومن الصناعات التى جوز السلم بها الثلاجة ، والغسالة ، والمذياع ، والمحركات بأنواعها ...... الخ ، مما هو واقع فى عصره .. الا أنه شدد على مسألة ضبط الصفة كالشافعى وهى أمر هين على ما يقول .. فان المصانع ترسل سجلا لكل آلة يصنعونها يبين فيهـــا نوع المـــادة المصنوع منها والشىء الذى تم به الصنع ووزن المـــادة وصفتها .. الخ. مما لا يخفى على كل واحد منا .

---

(٢٣) نفس المصدر السابق.

(٢٤) المهذب للشيرازي ٢٩٧/١.

(٢٥) المطيعي : هو محمد بن نجيب من العلماء المعاصرين وقد قام مشكوراً بتكملة المجموع التكملة الثانية وحقق أحاديثه وطبعه طبعة جديدة

(٢٦) تكملة المجموع ١٣٠/١٢

رأى أبو سنة ومناقشته :

يرى الشيخ / أحمد فهمى أبو سنة .. أن الاستصناع جائز كما فى كتب الشافعية (٢٧) وهو المنقول فى كتبهم .. فقد قال : المنقول فى كتب الشافعية أن منع هذه الصورة انما يكون فيما لاينضبط مقصودة بأن يجمع أجناسا مقصودة لا يعلم مقدار كل واحد منها كالخفاف والثياب المصبوغة والغالية .. بخلاف ما انضبط مقصوده .. بأن كان من جنس واحد أومن جنسين معلوم مقدار كل منهما .... وهم أولى بنقل مذهبهم » .

ولا أدرى كيف بنى أبو سنة رأيه على جواز الاستصناع عند الشافعية بهذه العجالة مع أنه رجع فى كلامه الى مصدرين من مصادر الشافعية وهما : المهذب والمحلى وكلاهما لم يذكرا هذا الرأى .. سوى أن . صاحب المهذب والمحلى جوزا السلم بالصناعات .. بشرط ضبط الصفة على ما ذكرناه سابقا .. ولكن لم يذكرا جواز الاستصناع .

ولكن يمكن أن يكون فهم أبى سنة هذا كفهمنا من أن تجويزهم للسلم بالصناعات بشرط ضبط الصفة .. يفهم منه الجواز لطلب الصنعة الذى هو الاستصناع لغة .

ولكن تجويزهم للسلم بالصناعات بلا شك فيه فرق كبير بينه وبين الاستصناع موضوع رسالتى .. فالاستصناع الذى أدرسه هو ذلك العقد المستقل .. لذا أردت التنويه اذ أن دراسة السلم له مكان فى كتب الفروع لمن أراد دراسته .

*** الفرع الثالث :**

*** حكم الاستصناع عند الحنابلة :**

تمهيـــد :

فى هذا الموجز الذى سنذكره نزيد بيان حكم الاستصناع عند الحنابلة بعد أن ذكرنا حكمه عند المـــالكية والشافعية .

---

(٢٧) نظرية العرف والعادة لاحمد فهمى أبو سنة ص ١٣٢ .
واحمد فهمى أبو سنة من المعاصرين وهو الآن استاذ فى الدراسات العليا بجامعة الملك عبد العزيز .

فالحنابلة .. لم يفردوا للاستصناع بابا مستقلا كما فعل الحنفية .. وكذلك لم يتكلموا عنه فى السلم كما فعل المـــالكية الذين شبهوه بالسلم أو كما فعل الشـــافعية فى أدراج مع مســـائل السلم بل ذكروا الســـلم فى الصناعات . ولهذا أتكلم عن ذلك فيما يلى :ـ

السلم فى الصناعات عند الحنابلة :

تكلم الحنابلة عن السلم بالصناعات كغيرهم من الفقهاء .. فالحنابلة يجوزون السلم فى كل ما يوزن ويكال مما يضبط بالصفة التى تختلف الاثمان باختلافها (٢٨) ..

ففى مسألة بيع المذروع من الثياب والخيوط والثوب المختلف الغزول كقطن وابريسم .. أو قطن وكتان .. فانه يجوز بيعها من طلب الصنعة.. بشرط ضـــبطها (٢٩) وذلك بأن يقول السدى « ابريسم » ، واللحمـــة « **كتان** » (٣٠) ونحوه .. وهذا ماهو واقع فى تعامل الناس الآن .. من أن تكون الثياب المطلوب صنعها محددة النوع فيقال فىورقة البيع لكل سلعة مثلا ٦٥٪ قطن ، ٣٥٪ حرير .

نوع الأموال المصنوعة :

لم يقيد الحنابلة فى السلم بالصناعات نوعا معينا فى التعامل بهـــا .. بل أطلقوا الجواز .. لكن بشروط السلم المعروفة .

فالكاغد والآوانى والثياب وغير ذلك أوردها الحنـــابلة حسب ما هو متعامل فى تلك العصور .. فهم كالمـــالكية والشافعية والحنفية فى الاطلاق هـــذا ..

صورة أخرى للاستصناع عند الحنابلة :

أردنا بهـــــذا .. أن نعطى صورة لمـــا أرادوه فى المنع ليتضح الأمر أكثر .. فقد جاء فى **مخطوطة الأزهر لكتاب الفروع والموجـــودة فى مكتبة الأزهر** .. تعليق لأحدهم على هذه الصورة فقـــال (٣١) : « استصناع

---

(٢٨) المغنى مع الشرح الكبير ٣٥٦/٤ .
(٢٩) كشاف القناع ٣٧٧/٣ .
(٣٠) المغنى والشرح الكبير ٣٦٦/٤ .
(٣١) الفروع لابن مفلح ٢٣/٢ .

سلعة» يعنى : أن يشترى منه سلعة ويطلب منه أنيصنعها له ..«ووضح ذلك بصورة ما اذا اشترى منه ثوبا ليس عنده وانما يصنعه له بعد العقد .. فهذا باع ما ليس عنده » .

هذا كل ما نقل لنا من رأى الحنابلة فى الاستصناع .. فيكون حكمه اذن عند الحنابلة هو : ((**المنع**)) .

والعلة فى المنع : هى أنه على غير وجه السلم والتى بينها الحنفية بأنها « عدم ضرب الأجل فى الاستصناع » .. فان صح ما قلناه عن العلة فى المنع يكون بالمفهوم أن الاستصناع جائز أن ضرب الأجل .

وسيأتى بيان ضرب الأجل أو عدمه عند الحنفية ـ أن شاء الله ـ فيتضح الأمر أكثر .

جاء فى الانصاف (٣٢) .. لايصح استصناع سعلة لأنه باع ماليس عنده على غير وجه السلم ..

وجاء فى كشاف القناع (٣٣) : لايصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له لانه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم .. وهو قول القاضى وأصحابه (٣٤) .

❊ الفرع الرابع :

❊ خلاصة رأى أصحاب الاتجاه الثانى فى الاستصناع :

مما سبق تبين لنا أن عقد الاستصناع كعقد مستقل لم تهتم به المذاهب الثلاثة ذلك الاهتمام الذى أولاه اياه الحنفية فيما ظهر لى واطلعت عليه .

فالمالكية : شبهوا مسائل الاستصناع بمسائل السلم ، وأعطوه حكم السلم .

أما الشافعية : فقد منعه عندهم امامهم الشافعى نقلا عن كتب الحنفية بدون تعقيب ، وقيد المنع فى كتاب الأم .. فيما اذا كان الصنع يؤدى الى الجهالة المفضية الى المنازعة .. والا فهو جائزان استطعنا ضبط الصفات من جميع الوجوه .

---

(٣٢) الانصاف للمرداوى ٤/٣٠٠ .
(٣٣) كشاف القناع للبهوتى ٣/١٥٤ ، انظر الفروع لابن مفلح ٢/٢٣ .
(٣٤) نفس المصدر السابق .

اما أصحاب الشافعى ومن جاء بعدهم .. فقد ساروا على ما سار عليه أصحاب المذاهب الاسلامية الأربعة على جواز السلم بالصناعات بشروطها عندهم .. لكنهم لم يتعرضوا للاستصناع لا بالجواز ولابالمنع .

وأما الحنابلة : فقد منع الاستصناع عندهم كما نقل لنا فى بعض كتب المذهب لكنهم أجازوا السلم بالصناعات بشروطها المذكورة عندهم .

فجميع أصحاب هذا الاتجاه متفقون فى رأيهم فى السلم بالصناعات .. ودراستنا للسلم .. ستكون مختصرة ، وذلك اتماما للبحث .. وأن كان مقصودى هو البحث فى العقد المسمى صراحة بعقد الاستصناع .. لكن هذا لايمنع من أن اكتب فى السلم بالصناعات وشروطها بصورة مختصرة .

※ المبحث الثانى :

※ حكم السلم بالصناعات عند أصحاب الاتجاه الثانى :

※ الفرع الأول : مشروعية السلم :

أن أصحاب الاتجاه الثانى (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة) كما ذكرنا يرون أن الاستصناع يندرج تحت مسائل السلم بالصناعات... فلابد من بيان مشروعيته عندهم .. لذا جئت بهذا المختصر عن مشروعيته عندهم .. ودليل المشروعية شروط السلم بعد ذلك .. فأقول : أجمع العلماء جميعا على مشروعية السلم .. وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والاجماع .

الفرع الثانى : أدلة المشروعية :

استدل الجمهور على مشروعية السلم بالكتاب والسنة والاجماع :

الكتاب : فمن الكتاب استدل الجمهور بآية : **(يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه)** (٣٥).. **قال الطبرى : فى تفسير هذه الآية** حسب ما نقل عن ابن عباس — رضى الله عنه — فقد قال ابن عباس « أشهد أن السلف مضمون الى أجل مسمى .. وان الله أحله وأذن فيه ثم قرأ الآية المذكورة أعلاه » (٣٦) ..

(٣٥) البقرة / ٢٨٢ .

(٣٦) جامع البيان للطبرى ٣/١١٦ — ١١٧ .

وجه الدلالة :

ان السلم نوع من البيوع المباحة الى أجل فشملته الآية بعمومها .. وأن لفظ الدين الى أجل مسمى يصلح للسلم ويصح اطلاقه عليه .. وبما أن السلم بيع فقوله تعالى : (وأحل الله البيع) (٣٧) .. تدل على اباحة السلم لأنه بيع .

السـنة :

ومن السنة .. استدل الجمهور بعدة أحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم ومن ذلك ما روى عن ابن عباس — رضى الله عنهما — قال : « قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين .. فقال : من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » (٣٨) ..

وجه الدلالة :

يستدل من هذا الحديث .. على أن الرسول صلى الله عليه وسلم اقر أهل المدينة لما رآهم يسلفون فى الثمار .. ولو كان غير مشروع لما اقرهم عليه ولنهاهم عنه وبين لهم الصحيح فى التعامل بها .

الاجمـاع :

اما الاجماع فقد انعقد على مشروعية السلم .. فقد قال ابن رشد (٣٩) « أجمع العلماء على جواز السلم فى كل ما يكال ويوزن » .

الفرع الثالث : حكمة المشروعية :

أما حكمة مشروعية عقد السلم فهى تيسير أمور الناس فى معاملاتهم وذلك لكون بعض الناس يرى انه محتاج للشىء وهو معدوم .. وعند غيره ما يريده .. ولكن ليس لديه المال الذى يدفعه عوضا عنه .. فيأخذ منه الشىء المراد على أن يسلمه ما اتفقا عليه فى الأوصاف المتفق عليها بينهما .. وفى الزمن المحدد وهذا تيسير ما بعده تيسير .

تنبيه : ما ذكرناه من دليل وحكمة تشريع بالنسبة للاستصناع باعتباره سلما قد أطلقنا فيه الرأى عن المالكية على انه سلم .. لكننا قد أبنا سابقا أن هناك اتجاه ذكره من المالكية الدردير ، والدسوقى فى مسألة

---

(٣٧) البقرة / ٢٧٥ .

(٣٨) رواه الجماعة / منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٢٥٥/٥

(٣٩) بداية المجتهد لابن رشد ٩٨/٢ ، انظر المهذب للشيرازى ٢٩٦/١ .

الشروع فى الصنع فيمن رأى شيئا لم يتم صنعه .. وطلب شراءه مع اتمام صنعه .. وأن هذا جائز عند المـــالكية بشرط أن تكون المـــادة الخام تكفى للصنع لو حدث نقص ولم يرض به المستصنع .. وأن تكون المـــدة التى ينتهى فيها صنع الشىء المباع مدة قليلة .. فان هذا جائز وهو بيع .

ولهذا كان لابد أن ننبه على أنه بناء على هذا الرأى يكون دليل مشروعية لهذا العقد عند من رأى جوازه من المـــالكية فى هذه الحالة .. هو الدليل الذى قام به على جواز البيع من كتاب وسنة واجماع ومعقول . فهو لم يخرج عن كونه بيعا عاما غير مقيد . وأن الحكمة فى تشريعه تلتمس من موقف الشارع الكريم فى التيسير على الناس ، ودفع الحرج عنهم ، وأن شروطه العامة هى شروط البيع .

الفرع الرابع : الشروط الخاصة بالسلم :

بعد ذكرنا لحكم السلم عند الفقهاء ومعرفتنا بأنه مشروع عندهم بالأدلة الواضحة وبينا حكمة المشروعية . نريد هنا بيان شروط السلم الخاصة . اذ أننا نعرف بأن للسلم شروطا عامة هى شروط البيع . وقد تكلمنا عنها فى المبحث الخاص للشروط العامة . وهنا نذكر شروط السلم الخاصـــة بصورة مختصرة اكمالا للبحث واتماما للفائدة .

وشروط السلم عند الفقهاء منها ما هو مجمع عليه ومنها ما هو مختلف فيه . فعلى هذا يكون بحثنا على قسمين :

القسم الأول : الشروط المتفق عليها عند الفقهاء :

القسم الثانى : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء :

واليك بيان هذين **القسمين** :

القسم الأول : أجمع جمهور الفقهاء على شروط ثلاثة خاصة بالسلم . **وهى ما يلى :**

الشرط الأول : أنيكون المسلم والمسلم فيه مما يجوز فيه النساء (٤٠)..

فيشترط فى المسلم والمسلم فيه أن يكونا مما يجـــوز فيهمـــا النســاء وذلك

---

(٤٠) انظر الاختيار ٣٤/٢ وما بعدها ، بداية المجتهد ٢٠٢/٢ ، شرح المنهاج للمحلى ٣٤٠/١ ، المغنى ٣٨٤/٤ .

اما باتفاق المنافع على مايراه مالك (٤١) .. وأما بالكيل أو الوزن مع الجنس عند الحنفية (٤٢) وأما اعتبار الطعم مع الجنس عند الشافعى (٤٣) .. واما اعتبار الوزن والجنس فى الذهب والفضة ، والكيل والجنس فى الأعيان الأربعة عند الحنابلة (٤٤) ..

وسبب اشتراط هذا لأن السلم من شرطه النساء والتأجيل (٤٥) .. **الشرط الثانى : أن يكون المسلم فيه موجودا عند حلول الأجل** أو بعبارة أخرى أن يكون عام الوجود (٤٦) فى محله وذلك لأنه اذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب التسليم ، واذا لم يكن عام الوجود لميكن موجودا عند المحل بحكم الظاهر . فلم يمكن تسليمه ، ولم يصح بيعه كبيع الآبق . بل اولى . فان السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلايكثر الغرر فيه فلايجوز مثلا السلم فى العنب الى وقت لايكون عادة موجودا فيه (٤٧) .. ويرى الشافعى أنمعنى هذا الشرط أنيكون مقدورا على تسليمة عند الحلول (٤٨) ..

الشرط الثالث : ان يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا (٤٩) ..

يشترط الفقهاء فى السلم أن يكون الثمن « راس المـــال » غير مؤجل أجلا بعيدا .

ويعنى هذا أن يقبض رأس المال فى مجلس العقد . فان تفرقا قبل ذلك بطل العقد ، وبه قال الحنابلة وابى حنيفة والشافعى لئلا يكون من قبيل بيع الكالىء بالكالىء وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبض الثمن يومين

---

(٤١) بداية المجتهد ١٢٩/٢
(٤٢) الاختيار ٣٠/٢ .
(٤٣) شرح المنهاج ٢٩٨/١
(٤٤) المغنى ١٤٢/٤ — ١٤٣ .
(٤٥) انظر المغنى ٣٨٤/٤
(٤٦) انظر الاختيار ٣٤/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد ٢٠٣،٢٠٢/٢ ، شرح المنهاج ٣٤١/١ ، ٣٤٢ ، المغنى ٣٧٧/٤ .
(٤٧) انظر المغنى ٣٧٧/٤ .
(٤٨) انظر شرح المنهاج ٣٤١/١ ، ٣٤٢ .
(٤٩) انظر الاختيار ٣٦/٢ ، بداية المجتهد ٢٠٢/٢ ، ٢٠٣ ، شرح المنهاج ٣٣٩/١ ، المغنى ٣٣٩/٤ .

وثلاثة وأكثر مالم يكن ذلك شرطا . لأنه معاوضة لايخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلما فأشبه مالو تأخر الى آخر المجلس .

الشرط الرابع : أن يكون المسلم فيه مقدرا بالكيل أو بالوزن أوبالعدد ان كان مماشأنه ذلك أو بالصفة أن كان مماشأنه ذلك (٥٠) .. وهذا الشرط يراد به معرفة المقدار المسلم فيه بالكيل أن كان مكيلا ، وبالوزن أن كان موزونا وبالعـــدد ان كان معدودا لقول النبى صلى الله عليه وســـلم « من أسلف فليسلف فى كيل المعلوم ووزن المعلوم الى أجل معلوم » ولأنه عوض غير مشاهد يثبت فى الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن .

القسم الثانى : الشروط المختلف فيها وهى كالآتى :

أولا : الأجل : اختلف الفقهاء فى الأجل هل هو شرط فى السلم أم لا ؟ فأبوحنيفة : يرى انهشرط صحة (٥١) .. لقول النبى صلىالله عليه وسلم: « الى أجل معلوم » وروى عن مالك . روايتان : الأولى : على أن الأجل شرط فى السلم . وفى الثانية : جواز السلم حالا ..

وادلتهم فى هذا حديث ابن عباس المشهور فى الســـلم السابق الذكر « من أسلف فليسلف .... الحديث » . وهناك دليل عقلى مفاده : ان لم يشترط الأجل كان من بيع ماليس عند الانسان المنهى عنه . وعند الحنابلة : لايصح السلم حالا (٥٢) .. واما الشافعى : (٥٣) .. فيجوز السلم عنده حالا ومؤجلا . وسبب هذا انه اذا جاز السلم مع الأجل فهو حالا اجوز لانه أقل غررا .

ثانيا . وجود جنس المسلمفيه فىحال العقد : فلايصح عند الحنفية (٥٤) السلم فى المنقطع اى لابد من وجود المســـلم فيه من وقت العقد الى وقت المحل .. لأن القدرة على التسليم انما تكون بالقدرة على الاكتساب .. أما جمهور الفقهاء : فلا يشترطون هذا (٥٥) .. وقالوا : يجوز السلم فى غير وقت ابانه .

---

(٥٠) انظر الاختيار ٣٤/٢ — ٣٥ ، بداية المجتهد ٢٠٢/٢ — ٢٠٣ ، شرح المنهاج ٣٣٩/١ ، المغنى ٣٦٩/٤ .

(٥١) الاختيار ٣٥/٢ .

(٥٢) المغنى ٣٧٢/٤ — ٣٧٣ .

(٥٣) شرح المنهاج ٣٤١/١ .

(٥٤) الاختيار ٣٧/٢ .

(٥٥) بداية المجتهد ٢٠٤/٢ .

ثالثا : مكان القبض : يشترط عند أبى حنيفة بيان مكان قبض المسلم فيه (٥٦) .. ولم يشترط عند غيره وهم الجمهور .. وقال القاضى المالكى أبو محمد : الأفضل اشتراطه ، وقيل ليس يحتاج الى ذلك (٥٧) ..

رابعا : أن يكون الثمن مقدرا : مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا لاجزافا :

اشترط أبو حنيفة بيان قدر رأس المال .. وقال الصاحبان : يكتفى بالاشارة لأنه يصير معلوما بها .. وصار كالثوب اذاكان رأس المال (٥٨) .. واذا كان الثمن معينا فقد قال القاضى أبو يعلى الحنبلى ، وأبو الخطاب : يشترط ذلك لأن أحمد ــ رحمه الله ــ قال : يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته .. وهذا قول مالك أيضا (٥٩) ..

* * *

---

(٥٦) الاختيار ٣٤/٢ انظر المغنى ٣٤١/١
(٥٧) بداية المجتهد ٢٠٤/٢ ، ويشترط ذلك ان كان فيه مؤنة انظر شرح المنهاج ٣٤١/١
(٥٨) الاختيار ٣٥/٢ .
(٥٩) الشرح الكبير مع المغنى ٣٨٢/٤ .

الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى

* المبحث الأول : الظاهرية :

لم أجد فى كتب الظاهرية شيئا اسمه استصناع لامن قريت ولا من بعيد فيما اطلعت عليه .. الا أنى يمكن أن أقول بأن الاستصناع غير جائز عند الظاهرية لما يلى :

١ — بحكم « القاعدة العامة التى يسيرون عليها وهى » أن الأصل فى العقود والشروط الحظر .. الا ماورد نص باباحته (١) ..

٢ — او أنهم لايأخذون بالقياس كدليل يستدل فيه بجواز عقد أو عدم جوازه فكيف يأخذون بالاستحسان (٢) الذى ثبت به الاستصناع ..

*المبحث الثانى : الشيعة الجعفرية :

لم أجد نصا واحــدا عن رأيهم فى الاستصـــناع عند قراءتى لكتبهم الموجودة تحت أيدينا .. سوى أن الموسوعة الفقهية (٣) أوردت لنا رأى الجعفرية منقولا عن كتاب الخلاف للطوسى(٤) فقالت « وذهب الشــيعة الجعفرية الى عدم جواز الاستصناع » .

* * *

(١) انظر ما بحث فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود فى هذه الرسالة صفحة (١٣)
(٢) انظر ما جاء فى مناهج الاجتهاد لسلام مدكور ص ٧٠٠ .. حيث ورد أن داود الظاهرى لاحظ على الشافعى أنه يأخذ فى بعض الأحكام بالقياس .. واعتبره مصدرا لاستنباط الأحكام .. فخرج على مذهب الشافعى بعد أن اخـذ منـه قال داود : أخذت أدلة الشافعى فى أبطال الاستحسان فوجدتها تبطل القياس .. انظر ملخص ابطال القياس .. والرأى والاستحسان والتقليد والتعليل لابن حزم ص ٤ .
(٣) موسوعة عبد الناصر الفقهية ٩٥/٧ .
(٤) الخلاف للطوسى ٥٩٩/١ نقلا عن الموسوعة ن . م .

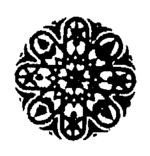
الفصل الرابع : حكم الاستصناع فى النظام الوضعى

لما كان عقد الاستصناع يندرج فى عقد المقاولة كما سنبينه ــ ان شاء الله ــ عند الكلام عن تكييف الاستصناع ، وأنه عقد مستقل عند دافيد .. والمعروف فى النظم الوضعية أن عقد المقاولة عقد يرد على العمل (٥) .. وعقد العمل : من العقود الثلاثة الداخلة بالحقوق الشخصية .. فالالتزام فى الحقوق الشخصية اما هو التزام باعطاء أو التزام بعمل .. أو التزام بامتناع عن العمل .

وحكم عقد المقاولة فى النظام الوضعى عقد ملزم للجانبين .. وهو من عقود المعاوضة .. فهو جائز وملزم فى آن واحد .

جاء فى الوسيط (٦) .. « عقد المقاولة عقد رضائى لايشترط فى انعقاده شكل معين .. وهو عقد ملزم للجانبين .. وهو من عقود المعاوضة » .

وهو بهذا .. يتفق مع الفقه الحنفى فى جواز هــذا العقد .. الا أن الحنفية عدوه عقدا مستقلا .. والمدنى المصرى : عده عقدا داخلا ضمن عقد المقاولة وسار دافيد فى رسالته على رأى الفقه الحنفى .



---

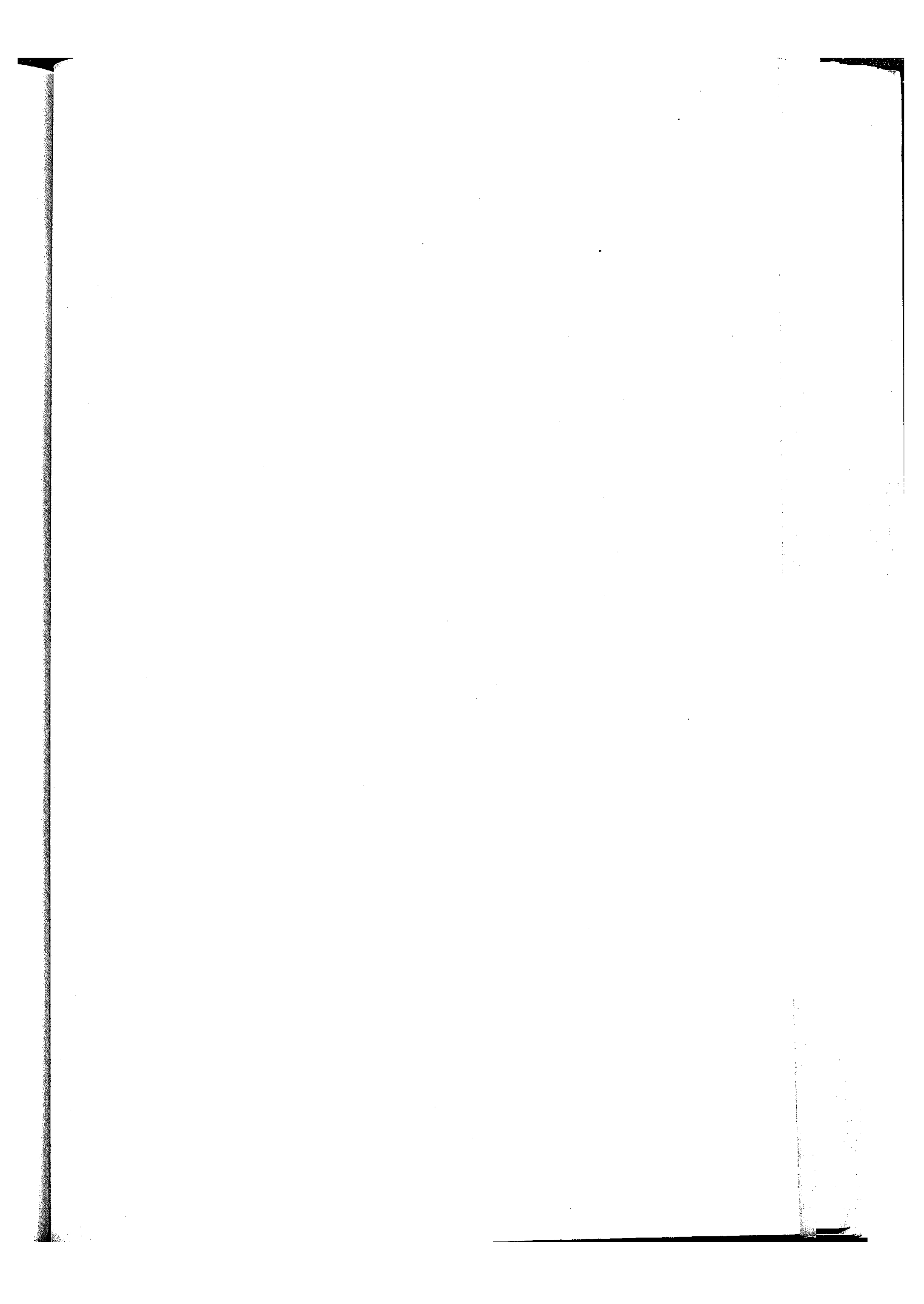
(٥) الوسيط للسنهورى ٧/٧ .
(٦) نفس المصدر السابق ٦/٧

الباب الثالث
تكييف عقد الاستصناع

* * *

الفصل الأول: تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول.

الفصل الثاني: تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعي.



* **الباب الثالث**

* **تكييف عقد الاستصناع :**

الفصل الأول : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

تمهيـــد :

عقد الاستصناع عقد من عقود البيع(1) بلا خلاف كما أن السلم عقد من عقود البيع الا أن السلم عقد مستقل يأخذ شروط العقد العامة اضافة للشروط الخاصة به .

لكن هل الاستصناع عند الحنفية هو عقد مستقل من كل جوانبة كبقية العقود الأخرى ؟ .. كالسلم مثلا .. وهذا ماسنفصلة ـــ ان شاء الله ـــ فيما بعـــد .

المبحث الأول : جملة الآراء حول تكييف عقد الاستصناع عند الحنفية :

بالتدقيق نجد أن تكييف عقد الاستصناع مختلف فيه عند فقهاء الحنفية أنفسهم فمنهم من يرى أن الاســـتصناع عقد بيع .. الا انه فقـــد بعض مستلزمات البيع(2) ، واخذ شبها بالاجارة(3) فهو بيع المطلوب صنعه عند رؤيته بعد اتمام صنعه .

والبعض الآخر .. عده اجاره محضة .. وكيفه البعض الآخر على انه اجارة ابتداء بيع انتهاء .. فعلى اى الطرق والسبل سنسير فى ترتيب الحكم فيما لو حصل نزاع أو خلاف حول هذا التعاقد بين الطرفين .

هذا ماسنبينة ـــ ان شاء الله تعالى ـــ فيما يلى من الآراء .

الفرع الأول : الاستصناع بيع :

يرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع بيع .. وأصحاب هذا الراى يرونه بيعا بمعنى انه نوع من البيع لكن ليس على اطلاقة .

---

(1) انظر فتح القدير لابن الهمام ٣٥٥/٥ وما بعدها ، البدائع ٢٦٧٩/٦ . المعاملات الضرورية ـــ محمد عارف الجويجانى ٨١/١ .
(2) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ .
(3) نفس المصدر السابق .

قال السرخسى (٤) : اعلم بأن البيوع أربعة : بيع عين بثمن .. وبيع دين فى الذمة بثمن وهو السلم .. وبيع عمل العين فيه تبعوهو الاستئجار للصناعة ونحوهما .. فالمعقود عليه الوصف الذى يحدث فى المحل بعمل العامل .. والعين هو الصبغ بيع فيه ..

وبيع عين شرط فيه العمل .. وهو الاستصناع ، فالمستصنع فيه مبيع عين ..

فهذا الأخير .. عده السرخسى بيعا .. الا أنه ليس على اطلاقه بدليل أن السرخسى وغيره كما سنبينه فيما بعد .. ذكروا أن للاستصناع شبها بالاجارة فأخرجوه عن البيع المطلق .. وكذلك فان السرخسى ساوى بين السلم والاستصناع فى كونه بيع ومن هذه المساواة يستدل على أنه لايريد به البيع المطلق .. فالسلم بيع الا أن له اسم مستقل وشروط خاصة به غير الشروط العامة .. وكذلك الاجارة على العمل ليست ببيع على الاطلاق .

وفى البدائع (٥) . وعند الكلام عن الاستصناع قال : هو بيع لكن للمشترى خيار الرؤية .

الأمور التى خالف فيها الاستصناع البيع المطلق :

ذكر فقهاء الحنفية شيئين مهمين خالف الاستصناع فيها البيع المطلق وهما :

أولا : اثبات الرؤية فى الاستصناع (٦) :

فخيار الرؤية لا يثبت فى البيع على اطلاقه .. بل لابد من شروط لاثبات هذا الخيار سنوردها فى موضعها — ان شاء الله — .. أما الاستصناع فانه يثبت فيه خيار الرؤية على اطلاقه بدون شرط .

ثانيا : اشتراط العمل فى الاستصناع (٧) :

والمعروف أن البيع لايشترط فيه العمل .. ان تم على انه بيع مطلق.. ولهذا خالف الاستصناع الذى هو بيع يشترط فيه الصنع .

---

(٤) المبسوط للسرخسى ٨٤/١٥ وما بعدها .
(٥) ٢٦٧٧/٦ .
(٦) انظر المبسوط ٨٥/١٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ .
(٧) المبسوط ٨٥/١٥ .

رأى صاحب العناية :

أما صاحب العناية .. فقد عده بيعا محضا (٨) ، ومعناه فى الظاهر أنه يريد به البيع المطلق الذى لايفقد شيئا من مستلزماته ..

رأينـــا :

أما الذى أراه فان كلام صاحب العناية عن الاستصناع بأنه بيع محض لايمنع من أن يكون الاستصناع قد فقد شيئا من مستلزماته البيع المطلق .. الا أن صاحب العناية لم يذكرها لأنها مذكورة فى أغلب الاحوال عند الكلام عن تعريف الاستصناع فلا حاجة لتكرارها .. فهو فى النهاية يتفق مع رأى الكاسانى والسرخسي السابق الذكر .

رأي المخالفين فى كون الاستصناع بيعا :

عورض الرأى السابق القائل بأن الاستصناع بيع .. بعدة اعتراضات نوردها فيما يلى :

الأول : (٩) لو كان الاستصناع بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين ، كما تقولون لكنه يبطل بموت احدهما ..

الجواب : اجيب عن هذا الاعتراض بأن للاستصناع (١٠) شبها بالاجارة من جهة واحدة وهى ان فى الاستصناع طلب الصنع وهو العمل.. فأشبه الاجارة .. وكذلك للاستصناع شبها بالبيع من حيث أن المقصود من الاستصناع العين المستصنع .

فلشبهه بالاجارة .. قلنا يبطل بموت أحدهما .. ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس والاستحسان .. وكذلك أثبتنا خيار الرؤية.. ولم نوجب تعجيل الثمن فى مجلس العقد كما فى البيع المطلق .

ثانيا : واعترض ايضا (١١) بأن اعتبار الاستصناع بيعا مخالفة لأمر الشارع .. لأن الاستصناع بيع للمعدوم .. وبيع المعدوم لايجوز شرعا .

---

(٨) العناية مع فتح التدير ٣٥٥/٥ .

(٩) نفس المصدر السابق .

(١٠) نفس المصدر السابق .. ابن عابدين فى حاشيته ٢٢٤/٥ .

(١١) نفس المصدر السابق .

الجواب : واجيب عن هذا الاعتراض (١٢) بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما فى الأمور التالية :

١ ــ فى التذكية : فان الناسى للتسمية عند الذبح .. تعتبر التسمية موجودة لعذر النسيان مع انها معدومة حقيقة .

٢ ــ الطهارة للمستحاضة : فان الطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات .. لئلا تتضاعف الواجبات .. فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل .

ثالثا : اعترض أيضا (١٣) على أصحاب الرأى القائل بأنه بيع .. بأن الاستصناع انما يصح اعتباره بيعا فى حالة كون المعقود عليه هو العين المستصنع .. وعندنا فى الاستصناع يكون المعقود عليه هو الصنع « العمل » لا العين .

الجواب : واجيب (١٤) عن هذا الاعتراض : بأن المعقود عليه هو العين لا العمل فلو أن الصانع جاء بالمستصنع فيه مفروغا وذلك بأن صنعه شخص آخر غيره .. ولم يكن من صنعته .. أو من صنعته لكن قد صنعه قبل العقد لابعده .. واخذه المستصنع لموافاته للشروط المطلوبة جاز .

الفرع الثانى : الاستصناع اجارة محضة :

بعد أن بينا أن الاستصناع عقد بيع له صفة خاصة تميز بها عن البيع المطلق نرد فى كلمات على الرأى القائل .. بأن الاستصناع عقد إجارة .

فقد ورد هذا القول فى معرض بيان صاحب العناية لحقيقة عقد الاستصناع اذ ورد فيه .. أن بعضهم يرى أن الاستصناع «اجارة محضة» (١٥)..وانهم استدلوا لهذا القول بشبه لاتصل الى مرتبة الدليل.. فقد ربطوا بين الاستصناع وبين فعل الصباغ .

فان فعل الصباغ .. هو : الصبغ « العمل » فى العين بصبغها .. وأن ذلك هو نظير الاستصناع وان عمل الصباغ اجارة محضة .

---

(١٢) انظر العناية مع فتح التدير ٣٥٥/٥
(١٣) نفس المصدر السابق .
(١٤) نفس المصدر السابق .
(١٥) نفس المصدر السابق . ٣٥٦/٥ .

هذه هى الشبهة التى حدت ببعض الحنفية الى القول بأن الاستصناع اجارة محضة .

الرد : وقد رد هذه الشبهة صاحب العناية (١٦) فقال : ان هناك فرقا بين الاستئجار على الصبغ وبين الاستصناع .. فعمل الصباغ محله العين وهو الصبغ .. أما الاستصناع فليس كذلك .. فافترقا .

فلا يقاس الاستصناع على استئجار الصباغ لصبغ الثوب .. فهذا قياس مع الفارق ووجه الفرق كما ذكرنا .. هو أن الصبغ « أى عمل الصباغ » أصل والصبغ « أى المادة الخام » آلته .. فكان المقصود فيه العمل .. وذلك اجارة وردت على العمل فى عين يملكها المستأجر .. أما هاهنا فى الاستصناع فالأصل فيه هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون مـــا حدث بين الصانع والمستصنع هو بيع .. ولما لم يكن للبيع وجود من حيث وصفة الا بالعمل .. فأشبه العقد هنا الاجارة فى حكم واحد لاغير ..

ولذلك .. افترق عمل الأجير عن الاستصناع .. وهناك فروق أخرى تميز الاجارة عن الاستصناع نذكر منها مايلي (١٧) :

فى اجارة الصانع للعمل : يعتبر الصانع من قبيل الأجـــير المشترك .. وأنه استؤجر للاستفادة والانتفاع بصنعته فهو يقدم عملا لا عينـــا .. وأما الاستصناع فان الصانع يقدم فيه مادة وعملا بها .. ولهذا لو تعاقد على أن تكون العين من صاحب العمل والعمل من الصانع كان العقد عقـــد اجارة لا استصناع .

وان دفع اليه بعض المعمول وأمره أن يزيده من عنده ما بقى لاتمامه .. فهذا جائز ويكون قرضا .. ولو أمره ان يزيد اليه شيئا مجهولا .. فان العقد لا يصح .. الا اذا كان ما أمره بزيادته — وان كان مجهـــولا — من الأمور المعلومة عند الصناع فانه يصح .

وذلك كأن يدفع للصانع ثوبا ليصبغه بعصفر .. فهذا يجوز مع أن قدر العصفر غير معلوم . وكل ذلك يختلف باختلاف العرف فى كل بلد .

(١٦) العناية ٣٥٦/٥
(١٧) انظر بحث الاجارة المقدم للموسوعة الفقهية فى الكويت لمؤلفه : مصطفى كمال وصفى والمطبوع على الآلة الكاتبة فقرة / ٣٧٢ .

الاجارة على الصنع تختلف عن الاستصناع :

قبل بيان الفرق بين الاجارة والاستصناع لابد من كلمة تعريفية للاجارة على الصنع : فقد جاء فى المبسوط أن الاستئجار للصناعة هو (١٨) : بيع عمل العين فيه تبع .

فرق السرخسى بين الاستصناع والاستئجار للصناعة فقال (١٩) : اذا أسلم حديدا الى حداد ليصنعه اناء مسمى بأجر مسمى .. فانه جائز ولاخيار فيه اذا كان مثل ما سمى . لأن ثبوت الخيار للفسخ ليعود اليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا . فانه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه .

فاما فى الاستصناع : المعقود عليه العين وفسخ العقد فيه ممكن .. فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه .. ولأن الحداد هناك « فى مثال الحداد المستأجر للصنع » يلتزم العمل بالعقد فى ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه .... » .

وفرق الكاسانى بين الاستصناع والاستئجار للصنع (٢٠) فقال : ان أسلم الى حداد حديدا ليعمل له اناء معلوما بأجر معلوم او جلدا الى خفاف ليعمل له خفا معلوما بأجر معلوم .. فذلك جائز لاخيار فيه .. لأن هذا ليس باستصناع .. بل هو استئجار فكان جائزا .. فان عمل كما أمر استحق الأجر .. وان فسد فله ان يضمنه حديدا مثله . لأنه لما افسده فكأنه اخذ حديدا واتخذ منه آنية من غير اذنه .. والاناء للصانع .. لأن المضمونات تملك بالضمان .

فهذه تختلف الاجارة فيها على الصناعة عن الاستصناع اختلافا بائنا.. ولو شابه الاجارة من جهة كون العقد يبطل بموت أحد العاقدين مثلا .

الفرع الثالث :

الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء :

يرى بعض فقهاء الحنفية بأن الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء ..

---

(١٨) المبسوط ٨٤/١٥ .

(١٩) نفس المصدر السابق ٨٥/١٥ .

(٢٠) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

جاء فى فتح القدير نقلا عن الذخيرة (٢١) : الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم .

بدليل انهم قالوا : اذا مات الصانع يبطل (٢٢) ، ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد فى كتاب البيوع ..

تساؤل :

فان قيل لو انعقد الاستصناع اجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى !

الجواب :

واجيب بانه (٢٣) انما لم يجبر الصانع لأنه لايمكنه الا باتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه .. والاجارة تفسخ بهذا العذر .. ألا ترى ان المزارع له ان لا يعمل اذا كان البذر من جهته .. وكذا رب الأرض .. لأنه لا يمكنه المضى بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع لو شرط تعجيله لأن هذه الاجارة فى الآخرة كشراء ما لم يره .. ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهى فى الجواز لا اللزوم .. ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لأن العقد غير لازم .

واما بعد ما رآه فالأصح أنه لاخيار للصانع بل اذا قبله المستصنع بعد رؤيته أجبر على دفعه له .. لأنه بالآخرة بائع .

الترجيح :

والذى ظهر لى مما سبق فى مسألة تكييف عقد الاستصناع .. أن الاستصناع نوع بيع .. الا انه فقد مستلزمات البيع المطلق والتى كان من الواجب أن توجد لن اعتبرناه بيعا مطلقا .. وهذه المستلزمات هى :ـ

---

(٢١) فتح القدير ٥/٣٥٦ ــ ٣٥٧ .

(٢٢) ان بطلان عقد الاستصناع بموت احد العاقدين أرجعه الحنفية الى كون الاستصناع له شبه بالاجارة .. فهل الاجارة تبطل بموت أحد العاقدين ؟

* أجاب عن هذا .. عبد الوهاب البغدادى فى كتابه : الاشراف على مسائل الخلاف ٢/٦٦ فقال : لاتنفسخ الاجارة بموت أحد العاقدين اذا لم يتعذر استيفاء المنافع خلافا لابى حنيفة لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من ترك مالا أو حقا فلورثته » .

* وهذه الاجارة متروكة للميت فيجب ان تكون لورثته وهذا ينفى الفسخ .. ولأنه عقد معاوضة .. فلم ينفسخ بموت أحد العاقدين .

(٢٣) فتح القدير ٥/٣٥٧ .

١ ـــ اثبات خيار الرؤية فى العقد .

٢ ـــ اشتراط العمل على الصانع .

٣ ـــ عدم وجوب تعجيل الثمن .. فيجوز فى الاستصناع عند الحنفية أن يدفع الثمن مقدما أويدفع بعض الثمن أو لايدفع (٢٤) .. وهذا غير موجود ولا معهود فى البيع المطلق على رأى الجمهور من الفقهاء .. ولأن الاستصناع لا يلزم فيه تعجيل الثمن .. فيكون الاستصناع عند الحنفية عقدا صحيحا فى جميع هذه الحالات « حالة دفع الثمن مقدما ، وغير الدفع » ويجوز أن يكون الأجل لشهر أو أقل على رأى أبى حنيفة ، وأكثر من شهر على رأى الصاحبين .

❊ وبذلك كان الاستصناع عقدا مستقلا مسمى وهو عقد بيع اسمه « **عقد الاستصناع** » كما أن السلم عقد بيع اسمه عقد السلم .

يضاف اليه أن للاستصناع شبها بالاجارة من جهة كون الصنعة « العمل المطلوب » فيه تكون من الصانع .. وأن العقد يبطل بموت أحد العاقدين .

❊ ❊ ❊

(٢٤) انظر مجلة الاحكام العدلية م/٣٩١ ، وانظر شرحها لعلى حيدر ٣٦٠/١ ـــ ٣٦١ .

الفصل الثانى : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعى

تمهيــد :

سبق أن أوردنا فكرة عامة عن الاستصناع فى النظام الوضعى والتعريف بعقد الاستصناع وحكمه .. وهنا سنتكلم عن تكييفه فى النظام الوضعى .. سواء كان فى المدنى المصرى أم عند فقهاء القانون الوضعى **فأقول :**

فى المدنى المصرى : يعتبر عقد الاستصناع داخلا ضمن عقد المقــاولة فى القانون المدنى المصرى الجديد .. لأن المقاولة فى القانون المدنى المصرى **هى (١) :** عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شــيئا .. أو .. أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ..

فالمقاولة فى المدنى المصرى ذات شقين :

الأول : أن يتعهد بمقتضى العقد هذا أحد المتعــاقدين **أن يصنع شــيئا** وهذا هو الاستصناع عند الحنفية .. ويؤكد كون هذا الشق من التعريف يراد به الاستصناع ما جاء فى المدنى المصرى(٢) : « ٢ ــ كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمــادة معا .. وهو الذى نقصــده من دراســتنا للاستصناع اذ لو لم تكن المــادة والعمل من الصانع لكان العقد اجارة اذا توفرت أحكام الاجارة فيه .

الثانى : أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .. وهذه هى الاجارة فى الفقه الاسلامى (٣) .. ويوضح ذلك ما ورد فى المدنى المصرى(٤) « ١ ــ يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقــدم رب العمل المــادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله » .

فالمــادة فى هذا الشق أصبحت من المستصنع أو رب العمل كما عبر عنه المدنى المصرى وتدخل ضمن الاجارة على العمل .

---

(١) م/٦٤٦
(٢) م/٦٤٧
(٣) نظرية الغرر للضرير ٤٦٠ .
(٤) م/٦٤٧

فقهاء القانون الوضعى :

فى هذه اللمحة التى سأوردها أتكلم عن رأى فقهاء القـانون الوضعى **كدافيد فى رسالته عقـد الاستصناع** (٥) ، ومحمـد لبيب شـنب فى كتابه «**شرح احكام عقد المقاولة** (٦)» ، والسنهورى فى كتابه «**الوسيط**» .. وكل هؤلاء قد أوردوا رأى فقهاء النظام الوضعى الآخرين دون تنظيم خاص بعقد الاستصناع .. بل فى عقد المقاولة بصورة عامة خلا دافيد .

دافيـد : قال دافيـد (٧) : « ويمكن أن ندهش أمام شـيوع عقـد الاستصناع من عدم وجود تنظيم لهذا العقد فى التقنين المدنى الفرنسى .. فعلى هذا لم يكن التقنين المدنى الفرنسى وهو الذى اخذ منه اغلب واضعى النظم الوضعية فى البلاد المجاورة لفرنسا ..

وعرفه دافيد .. بأنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئا بالمـادة التى يقدمها ، وأن يسلم هذا الشىء عندما ينتهى فى مقابل ثمن الى من طلبه .. فهنا وجد عنصران رئيسيان فى هـذا العقد **وهما : العمل ، والمـادة** .. فعقد الاستصناع عند دافيـد له طبيعته الخاصة ويختلف اختلافا كبيرا عن العقود الأخرى .. فهو عقد مستقل (٨) ..

ومع هذا .. فقد اورد آراء فقهاء النظام الوضعى المختلفة حول تكييف عقد الاستصناع لاختلافهم فيه .

السنهورى : نجد السنهورى فى موضوع التمييز بين عقد المقاولة والبيع يورد مايلى (٩) : ــ يظهر لأول وهلة ان المقاولة تتميز بسهولة عن البيع فهى ترد على العمل والبيع يقع على الملكية .. فالمقاول الذى يتعهد ببنـاء **منزل** .. يبرم عقد المقاولة .. أما اذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعـد **ذلك** .. فالعقد بيع .. ولا شك ان العقد اذا اقتصر المقاول فيه على التعهد بتقديم العمل على أن يقدم رب العمل المـادة التى يستخدمها فيجوز ذلك .. ولكن اذا قدم رب العمل المـادة واقتصر المقاول على العمل يتمحض عقـد **المقاومة** لا شبهة فيه .. وانما الشبهة تقوم فى الفرض الآخر الذى يتعهد به

(٥) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٤ .
(٦) شرح احكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شنب .
(٧) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٤ .
(٨) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ١ ، ٥٨ .
(٩) الوسيط للسنهورى ٢٢/٧

المقاول بتقديم العمل والمــادة معا (١٠) .. فقد يقع اى يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتبا او مكتبة ويقدم النجار الخشب من عنــده .. فهل يبقى العقد فى هذه الحالة وغيرها . عقد مقاولة او يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الأثاث بالنسبة الى النجار .. هذا تســاؤل أورده السنهورى وهناك تساؤلات أوردها غيره (١١) .. ونورد فيما يلى اهم الآراء حول تكييف عقد الاستصناع فى النظام الوضعى :

المبحث الأول :

أثارت مسألة تكييف عقد الاستصناع خلافا كبيرا فى الفقه والقضاء عند أصحاب النظام الوضعى أوردها محمد لبيب شنب عند البحث عن تكييف عقد الاستصناع وأوردها أيضا السنهورى ، وذكرها دافيد فى رسالته .. والآراء هى ما يلى : ــ

الفرع الأول : الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبل (١٢) .

يستدل أصحاب هذا الراى الى ما يواجهه المتعاقدان عند ابرام العقد فيرون أن العقد عند ابرامه ليس هو العمــل المكلف به .. بل هــو الشيء المصنوع (١٣) .

ويبدو أن هذا هو الراجح فى القانون الرومانى (١٤) .. كمــا أن شراح القانون البحرى يرجحون هذا الراى بالنسبة لعقد بناء السفينة .. وهــو يتفق مع وجهة نظر الفقه الاسلامى كما جاءت به كتب المذهب الحنفى .

---

(١٠) ويسمى العقد بعقد الاستصناع عند دافيد ــ انظر رسالته ص ٢٢١ .
(١١) أحكام عقد المقاولة ــ محمد لبيب ص ١٦ .
(١٢) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٢٤ .
(١٣) أحكام عقد المقاولة ص ١٧ .
(١٤) جاء فى مدونة جستنيان فى الفقة الرومانى ص ٢٣٠ ترجمة عبد العزيز فهمى انه اذا اتفق تيتوس مع أحد الصاغة على ان ياتى الصائغ بذهب منه ويصنع له خاتما بوزن مخصوص وشكل معين .. وان يكون للصائغ فى نظير هذا مبلغ عشرة دنانير مثلا .. فقد جرى التساؤل من هــذا الاتفاق « أبيع هو أم اجارة ؟ » وقد ارتأى كاسيوس أن يتضمن عقدين بيعا للذهب واجارة للعمــل .. انظر شرح احكام المقاولة ص ١٧ .

المناقشة : ناقش لبيب شنب هذا الرأى فقال : أن هذا الرأى يعيبه أنه لا ينظر سوى الى اثر واحد من الآثار المترتبة على العقد وهو نقل الملكية للشيء المصنوع ، ويهمل التزام المقاول بصنع هذا الشيء ..حين نجد أن هذا الأخير ليس مجرد التزام تابع وثانوى اذا ما قيس بنقل الملكية .. بل انه جوهر عقد الاستصناع .. فقيام المقاول بالعمل الذى هو صنع الشيء.. ركن من أركان الاستصناع .. والدليل على ذلك انه اذا أتى **الصانع بشيء كان قد صنعه من قبل العقد** فرضى به المستصنع ، فان ملكية هذا الشيء وان انتقلت اليه .. فذلك لا يكون بمقتضى عقد الاستصناع ، بل بمقتضى عقد آخر (١٥) انعقد بتراضيهما على هذا الشيء .. وفضلا عما تقدم . فان اعتبار الاستصناع بيعا بسيطا لا يحل المشاكل التى يثيرها .. والمتعلقة بتنفيذ العمل المطلوب .

فهذا الرأى .. أثار كلاما كثيرا يحتاج الى بيان رأى الشريعة فيه أولا ، وثانيا لمعرفة موقع هذا الرأى من أقوال فقهاء الحنفية فيه ..

أما الأول .. فان قولهم : ان التزام الصانع هو أمر رئيسى ، وليس بثانوى هو أمر تكلم فيه فقهاء الحنفية واختلفوا فيه فمن قائل أن التزام الصانع بالصنع يكون بعد رؤية المستصنع للمستصنع فيه .. وقال به أكثر فقهاء الحنفية .. وهناك رأى آخر جاء به صاحب الدرر يقول أن الالتزام بالعقد يبدأ من أول التعاقد الى نهايته وهو ما سنبينه فيما بعد — ان شاء الله .

وأما قولهم .. انه اذا أتى بالمصنوع قبل العقد وأعطاه للمستصنع.. فهذا الأمر أثاره أيضا الحنفية **بقولهم** : لو جاء به مفروغا لا من صنعته لجاز .

أما الثانى : فهو يقرب كثيرا الى رأى الحنفية .. لكن الى درجة القول بأنه متفق مع رأى الحنفية (١٦).. لأنهم اختلفوا حول التزام الصانع بالصنع وعدمه وهم اعتبروا الالتزام هذا .. مهم جدا .. واعتبروا عمل الصانع ركن من أركان الاستصناع وهذا لم يقل به أحد من فقهاء الحنفية قط .

وهذا الرأى .. هو المهم .. لذا قدمناه على غيره .

---

(١٥) الوسيط للسنهورى ٢٦/٧ ، انظر رسالة الاستصناع لدانيد ص ٤

(١٦) جاء فى نظرية الغرر للضرير ص ٤٦٠ (فذهب بعضهم الى أن « الاستصناع » عقد بيع مستقل واقع على شيء مستقبل ، وهذا الرأى متفق مع مذهب الحنفية .)

الفرع الثانى : الاستصناع عقد مقاولة واقع على العمل (١٧) :

وأصحاب هذا الرأى يرون أن الاستصناع يكون عقد مقاولة دائما .. والمادة تابعة للعمل فقط .. اذ أن تملك رب العمل للشىء المصنوع ليس الا نتيجة لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل .. وهذا الرأى متفق مع رأى أحد فقهاء الحنفية وهو أبو سعيد البردعى(١٨) **القائل:** بأن الاستصناع يقع على العمل دون المادة « **العين** » ولكن هذا الرأى فى الفقه الاسلامى مرجوح .. **والصحيح** : ان الاستصناع بيع لا اجارة « **مقاولة** » ..

الفرع الثالث : الاستصناع عقد مقاولة ان كانت المادة اقل قيمة من العمل وعقد بيع ان كان العمل اقل قيمة من المادة :

وأصحاب هذا الرأى .. يرون أن الاستصناع عقد مقاولة على أن العمل هو الأساس فيه .. ويكون بيعا لأن المادة المبيعة هى الاساس.. فهو « **عقد مختلط** » (١٩) بين البيع والمقاولة ..

فان كان العمل هو الأساس والمادة تابعة .. يكون مقاولة وبيع .. وان كانت المادة هى الاساس والعمل تابع لها .. فهو بيع ومقاولة اذ لا يعتبر عقدا بسيطا مقاولة فقط .. أو بيعا فقط .. لأن أحكام كل من هذين العقدين منفردة لاتكفى لمواجهة المسائل التى يثيرها عقد الاستصناع.

ولكن هذا الرأى وان بدى انه يسد النقص الذى قد يترتب على تطبيق أحكام احد العقدين فقط .. فهو يؤدى الى اثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التى تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع كما هو الأمر فيما تختص بطبيعة العوض وتحديده ، وانهاء العقد بالارادة المنفردة .. اذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين وهو ما يؤدى الى التحكم فى أغلب الأحيان (٢٠) .

---

(١٧) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٢١ .

(١٨) سيأتى بيان رأى أبى سعيد البردعى حول ما اذا كان عقد الاستصناع يرد على العمل أم على العين « المادة المصنوعة » .. وابو سعيد البردعى : هو احمد ابن حسين البردعى نسبة الى بردعة من مقاطعات اذربيجان تتل فى واقعة القرامطة مع الحجاج سنة ٣١٧هـ . انظر حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ .

(١٩) أحكام المقاولة لشنب ص ١٦ وما بعدها . ورسالة دافيد ص ٣٧ .

(٢٠) أحكام عقد المقاولة ص ١٦ .

وهذا الرأى له شبه برأى احد الحنفية القائل بأن الاستصناع له شبه بالاجارة وشبه بالبيع .. لكن هذا الرأى فى النظام الوضعى يختلف عن رأى الحنفية .. لأن الاستصناع فى النظام الوضعى ينظر اليه على انه مقاولة .. فيأخذ حكمها وبنفس الوقت يأخذ حكم البيع على حدة .. وهذا لم يقل به أحد من الحنفية .

الفرع الرابع : الاستصناع عقد مقاولة ابتداء وبيع انتهاء (٢١) **:**

يرى أصحاب هذا الرأى .. كما نقله لنا دافيد أن الاستصناع عقد مقاولة مادام الشىء لم يتم صنعه بعد .. فاذا انتهى هذا الصنع تحول العقد الى بيع للشىء المصنوع ، وتنقل ملكيته الى المشترى .

واعترض على هذا الرأى .. **بقولهم** : أن تكييف العقد انما يتم وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك .. ولا يجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه عن وضعه اذا ما نفذ .. فضلا عن أن المقاول يضمن عمله مدة طويلة بعد صنع الشىء مما يدل على أن المقاولة تظل وتستمر ولا تنتهى بمجرد اتمام هذا الصنع ..

وهذا الرأى .. له شبه بقول بعض الحنفية (٢٢) القائل بأن الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء .. لكن قبل التسليم لا بعد التسليم .

المبحث الثانى : الرأى الراجح عند فقهاء النظام الوضعى :

الفرع الأول : الراجح عند السنهورى :

يرى السنهورى (٢٣) أن الرأى الراجح عنده .. هو ما جاء فى الفرع الثالث السالف الذكر .. والقائل : « أن العقد يكون مقاولة أو بيعا بحسب نسبة قيمة المادة الى قيمة العمل » .. وضرب السنهورى مثالين لزيادة قيمة المادة على العمل ومثالا آخرا لزيادة العمل على المادة فقال عنه أن الأمر ظاهر فى الامثال المتقدمة حيث تصغر قيمة المادة الى حد كبير بالنسبة الى عمل الفنان .. فتكون تابعة للعمل .. ويكون العقد مقاولة..

---

(٢١) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٣٥ .

(٢٢) انظر فتح القدير ٥/٣٥٦ — ٣٥٧ .

(٢٣) الوسيط ٧/٢٦ وما بعدها .

وحيث تكبر هذه القيمة الى حد بعيد بالنسبة الى العمل فى السيارة التى تحتاج الى اصلاحات طفيفة .. فيكون العقد بيعا .

ولكن كثيرا ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة الى جانب قيمة العمل .. ولو كان أقل قيمة منه .. وذلك كالخشب الذى يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذى يورده الحائك لصنع الثوب .. فيصبح العقد فى هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاولة سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر .

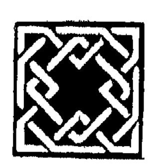
ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه ..

الفرع الثانى : الراجح عند دافيد :

ويرى دافيد (٢٤) بأن الاستصناع عقد مستقل أو ما يسمى فى النظم الوضعية « **عقدا غير مسمى** » ..

مناقشة السنهورى لدافيد :

وناقش السنهورى دافيد (٢٥) .. فقال : هناك رأى يذهب الى أن الاستصناع ليس مقاولة ، ولا بيعا .. بل هو عقد غير مسمى « دافيد فى عقد الاستصناع رسالة من باريس » .. ولا مانع من القول بأن هناك عقدا له مقومات تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع ولكن ذلك لا يعنى أنه عقد « غير مسمى » .. فاسمه معروف وهو « **عقد الاستصناع** » ولا يمنع أن يكون عقد الاستصناع هذا .. ليس الا مزيجا من « **البيع والمقاولة** » .



(٢٤) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٤ وما بعدها

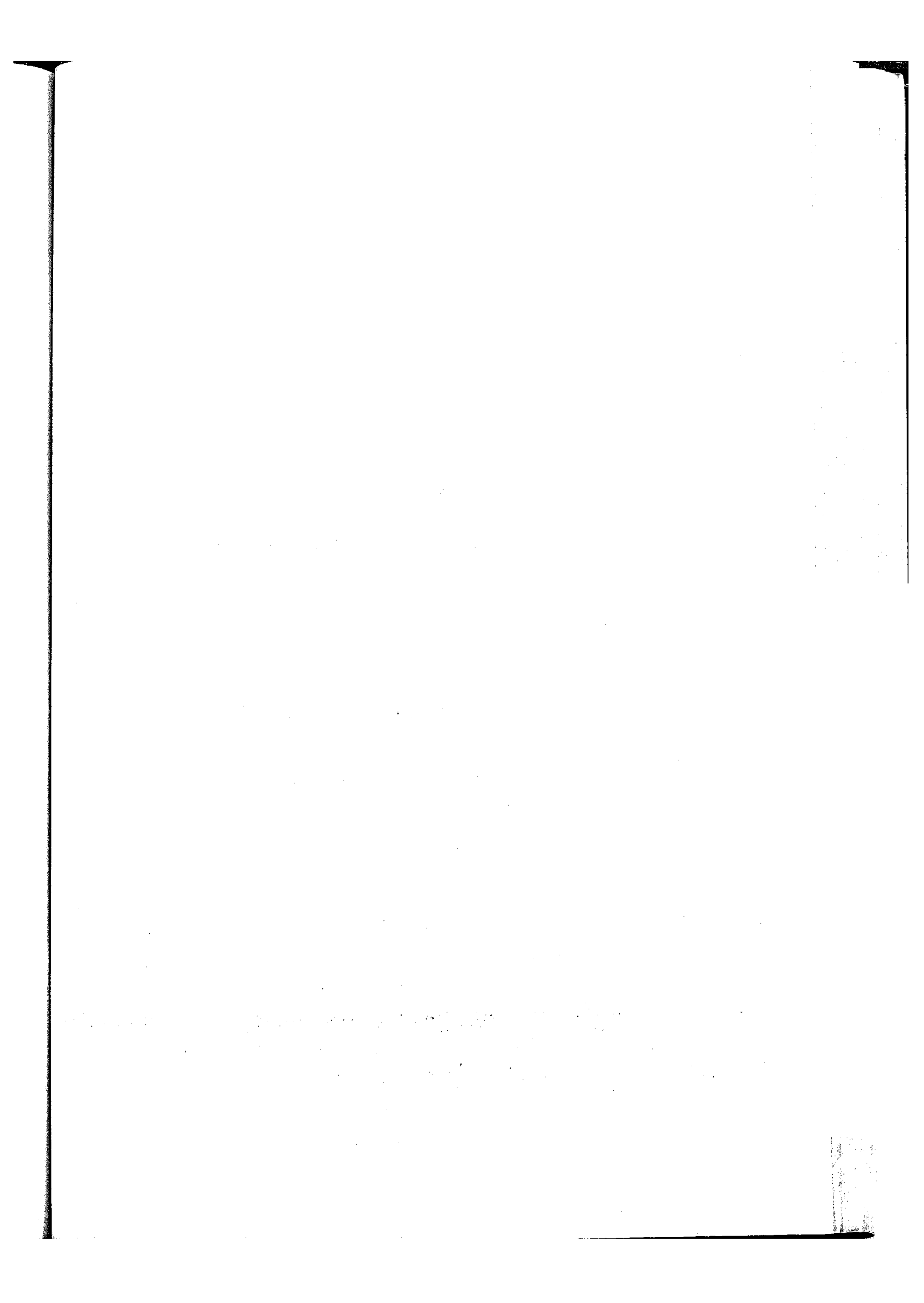
(٢٥) انظر الوسيط فى الحاشية ص ٢٧/٧ .

الباب الرابع
المقومات والشروط

* * *

الفصل الأول: **المقومات**

الفصل الثاني: **الشروط**



الفصـــل الأول : المقومات

المبحث الأول : المقومات العامة للاستصناع وغيره من العقود :

سبق وان تكلمت عن المقومات العامة بصورة موجزة عند البحث عن تعريف العقد وسنتكلم عن ركن الاستصناع فى هذا الفصل .

أما باقى المقومات والتى هى شروط عند الحنفية .. واركان عند غيرهم من الجمهور .. فسأتكلم عنها من وجهة نظر الحنفية التى ترى بأن الأركان انما هى شروط للعقد . وقلنا أن المقومات الأساسية لكل عقد هى (١) :

« العاقدان　　　المعقود عليه　　　الصيغة »

وقد عدها بعض الفقهاء ستة أى « العاقدان ، المثمن ، الثمن ، الايجاب والقبول » .. وبعضهم عدها خمسة (٢) : « العاقدان ، المثمن والثمن ، الصيغة » .. وهذه اختلافات شكلية لا اكثر .

والمقومات هذه .. عدها جمهور الفقهاء أركانا ، وعدها الحنفية شروطا للعقد ما عدا الصيغة فهى ركن العقد عندهم (٣) .. وعليه فسأتكلم عن ركن الاستصناع الا وهو الايجاب والقبول اولا .. لأنه الركن المتفق عليه عند جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية .. أما باقى المقومات والتى هى شروط عند الحنفية وأركان عند غيرهم من الجمهور .. فسأتكلم عنها فى المبحث الثانى .

المبحث الثانى : ركن الاستصناع :

أبدأ بذكر الركن المتفق عليه بين الفقهاء لأى عقد واقصد به الصيغة أو « الايجاب والقبول » ..

الفرع الأول : المراد بالصيغة :

تشمل صيغة العقد ما يتلفظ به العاقدان من عبارات يلتزمان بها لتكوين العقد والمسماة فى عرف الفقهاء **« بالايجاب والقبول »** .. وقد تكلم

---

(١) ، (٢) الشرح الصغير ١٤/٣ .
(٣) الاختيار ٤/٢ .

الفقهاء جميعا عن الصيغة وما المراد بها ، وكيف تكون ؟ وهل تكون بالماضى أم بالحال أم بالأمر ؟ .

وبما أن الاستصناع بيع .. فسنتكلم عن الصيغة ، وما المراد منها أخذا من الكلام عن البيع عند الفقهاء .

الصيغة هى : كل ما يدل على رضا الجانبين البائع والمشترى (٤) — **وهى نوعان :**

النوع الأول : الصيغة القولية (٥) : وما يقوم مقامها من رسول أو كتاب .. **فالقول :** كأن يقول البائع قد بعتك ثوبى بكذا .. أو أرسل له رسولا فقبل البيع فى المجلس .. فانه يصح .. والقول يكون باللفظ الذى يدل على التمليك **والتملك :** كبعت واشتريت ويسمى ما يقع من البائع ايجابا ، وما يقع من المشترى قبولا .. هذا عند **جمهور الفقهاء** .

أما الحنفية .. فيرون أن **الايجاب :** هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين سواء كان بائعا أو مشتريا .. **والقبول :** هو ما صدر ثانيا .

النوع الثانى : المعاطاة (٦) : وهى الأخذ والاعطاء بدون كلام .. كأن يشترى شيئا بثمن معلوم له .. فأخذه البائع ويعطيه الثمن وهو يملك بالقبض .. هذا عند **جمهور الفقهاء** (٧) .. مع خلاف فى كونه يثبت فى الأشياء اليسيرة أم بالخسيسة أم فى الاشياء كلها .

فالشافعية .. يرون : أن العقد لا يتم الابالايجاب والقبول (٨) .. وهذا فى العقد بصورة عامة .. أما فى الاستصناع بالذات .. فالذى أراه أن الاستصناع لا يكون بالمعاطاة لأنه لابد من أوصاف يذكرها المستصنع ، واستعداد بالعمل من الصانع .. وهذا يستدعى ايجابا وقبولا .

وقد مثل بعض الفقهاء للصيغ **منها** : اعمل لى (٩) ، واصنع لى (١٠) ، فيقول الصانع قبلت ورضيت .. أو أى لفظ يدل على الرضا عرفا .. علما

(٤) الاختيار ٢/٤ ، الشرح الصغير ١٤/٣ ؛ المهذب ٢٥٧/١ ، كشاف القناع ١٣٦/٣ ، ١٣٧ .

(٥) ، (٦) انظر البدائع ٢٩٨٣/٦ ، الاختيار ٤/٢ ، الشرح الصغير ١٤/٣ ومابعدها ، المهذب ٢٥٧/١ .. المغنى مع الشرح الكبير ٢/٤ وما بعدها .

(٧) البدائع ٢٩٨٥/٦ .

(٨) المهذب ٢٥٧/١ .

(٩) البدائع ٢٦٧٧/٦

(١٠) انظر حاشية شلبى على الزيلعى ١٢٣/٤ .

بأن لفظة ((**اعمل لى ، واصنع لى**)) تدل على الأمر .. الا ان الكاسانى وغيره جوزوهما .

وعليه .. فان صيغة الاستصناع لا يمكن حصرها فى شىء **معين** .. فهى جائزة فى كل ما تعورف عليه بين الناس ، وجرى التعامل بهذه الصيغة أو تلك ما دامت تدل على الرضا .

المبحث الثالث : أركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى :

لما كان عقد الاستصناع كما بينا سابقا يندرج تحت عقد المقاولة فى النظام الوضعى ((**المدنى المصرى**)) ، وعقدا مستقلا عند دافيد فى رسالته .. لذا سأتكلم عن أركان عقد المقاولة فى المدنى المصرى بشىء من الاختصار .

يرى السنهورى عند بحثه لأركان المقاولة فى المدنى المصرى أن أركانها كالأركان فى سائر العقود (١١) .

والأركان فى سائر العقود هى **ما يلى** :

١ — التراضى . ٢ — المحل . ٣ — السبب .

ولا شىء يقال فى السبب فى خصوص عقد المقاولة ومحله النظرية العامة فى السبب والتى بحثت فى الوسيط .. فيبقى التراضى والمحل .

والمحل فى عقد المقاولة مزدوج : فهو بالنسبة الى التزامات المقاول : العمل الذى تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة .

وهو بالنسبة الى التزامات رب العمل الأجر الذى يدفعه للمقاول فى مقابل هذا العمل . . **والتراضى** : يكون البحث فيه فى شرطى الانعقاد والصحة . وهذا سنبحثه **فيما بعد** :

* * *

(١١) الوسيط للسنهورى ٣٦/٧ — ٦٣ .

الفصل الثانى : الشروط

المبحث الأول : الشروط العامة للاستصناع وغيره :

تمهيـــد :

سبق وأن تكلمت عن أركان عقد الاستصناع ، وقلت أن هذا محل خلاف بين فقهاء المذاهب . فبينما يراه الحنفية أن الركن هو الصيغة فقط .. وما عدا هذا فهى شروط .. حين نرى غيرهم وهم الجمهور يرون أن الصيغة والعاقدان والمعقود عليه هى الأركان .

ومقومات الاستصناع عند الحنفية تشمل **ما يلى :**

١ـ العاقدان ٢ـ محل العقد ٣ـ صيغة العقد ٤ـ الثمن

لهذا سأتناول البحث فى الشروط من وجهة نظر الحنفيــة باعتبارهـا شروطا وليست أركانا فى العقد .

تعريف الشرط : قبل الكلام عن هذه الشروط أبدأ بكلمــة موجزة عن الشرط فى اللغة والاصطلاح .

التعريف اللغوى للشرط : الشرط لغة (١٢) هو الزام الشىء والتزامــه كالشريطة جمعه شروط وشرائط .

التعريف الاصطلاحى للشرط : والشرط فى اصطلاح الفقهاء هو ما يلزم من عدمه العدم (١٣) .. ولا يلزم من وجوده الوجود .. فعند عدم الشرط يستلزم عدم وجود الأمر المشروط له .. كحولان الحول شرط فى وجــوب الزكاة .. فعند عدم حولان الحول لا تجب الزكاة الى أن يتم هذا الشرط فتوجد الزكاة .

أما وجود الشرط .. فلا يلزم منه وجود المشروط كالمثال السابق .. فعند حولان الحول .. لايلزم منه وجوب الزكاة لعدم المـــال .. لأن الشرط يتوقف عليه وجود الشىء والمـــال .. وان وجد لكن شرط وجوب الزكاة فيه لم يتحقق . فلم يحل الحول على وجود المـــال لدى مالكه .

---

(١٢) تاج العروس ــ فصل الشين ــ باب الطاء .
(١٣) ارشاد الفحول للشوكانى ص ٧ .

والشروط العامة للاستصناع هى الشروط التى تشترط فى كل عقــود المعاوضات كالبيع والسلم والاستصناع والاجارة وغير ذلك من العقود .. بحيث اذا لم تتوفر فى العقد .. فانه يكون غير صحيح .. ولا يترتب عليه آثاره .. فهى شروط لابد منها فى عقد البيع المباح ليصبح البيع منعقدا .

والشروط ذكرها الكاسانى فى البدائع (١٤) .. وهى عنده اربعة انواع ولكل نوع ما يخصها من الشروط .. وقد أوردها العلماء فى كتبهم عنــــد البحث عن أى عقد الا أنهم لم يهتمــوا فى ابرازه ذلك الابراز الذى قام به الكاسانى فى البدائع .. لذا نجد أنفسنا أمام هذه الأنواع وما قاله العلماء فى ذلك نورده كل حسب موقعه .. واليك **هذه الأنواع** :

١ ـــ شروط الانعقاد .

٢ ـــ شروط اللزوم (١٥) .

٣ ـــ شروط الصحة (١٦) .

٤ ـــ شروط النفاذ (١٧) .

وسأتكلم عن هذه الأنواع وما يخصها من الشروط **فيما يلى** :

الفرع الأول : شروط الانعقاد :

وشروط الانعقاد أنواع ، وبعضها يرجع الى **ما يلى** :

١ ـــ العاقد .　　　٢ ـــ صيغة العقد .　　　٣ ـــ البدلان .

٤ ـــ مكان العقد .

المطلب الأول : شروط الانعقاد التى ترجع الى العاقد **هى** :

أ ـــ **اهلية المتعاقدين** : ان اهلية المتعاقدين بعمومهـــا ، وبشـــقيها « العقل والبلوغ » كشرط للانعقاد هى محل اختلاف الفقهاء .

فالحنفية ، والمـــالكية ، واحدى الروايتين عند الحنابلة .. يرون أن العقل هو شرط الانعقاد .. فلا ينعقد بيع المجنون والصبى الذى لا يعقل عندهم (١٨) .

---

(١٤) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ .

(١٥) شروط اللزوم هى التى لايلزم العقد بدونها ، وان كان قد ينعقد وينفذ بدونها . البدائع ٢٩٨٧/٦

(١٦) شروط الصحة : هى التى لاصحة للعقد بدونها ، وان كان قد ينعقد وينفذ بدونها، نفس المصدر السابق .

(١٧) شروط النفاذ : هى مـــالا يثبت الحكم بدونهـــا ، وان كان قد ينعقـــد التصرف بدونها .. نفس المصدر السابق .

(١٨) انظر البدائـــع ٢٩٨٧/٦ ، المغنى ١٨٥/٤ ، المقنـــع ٤/٢ ، مواهب الجليـــل ٢٤١/٤ .

أما الشافعية .. فعندهم يصح البيع من كل بالغ عاقل حر .. فأما الصبى والمجنون فلا يصح بيعهما لقوله صلى الله عليه وسلم : « **رفع القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق** » (١٩) .. هذا دليل المنقول عندهم (٢٠) ..

ومن المعقول قول الشيرازى من الشافعية (٢١) : ولأنه تصرف فى المال فلم يفوض الى الصبى والمجنون كحفظ المال ..

وقيل أيضا (٢٢) : لا يصح من صبى وان قصد اختباره ...... وفى هذا رواية ثانية عند الحنابلة (٢٣) .

والراجح عندى .. هو أن تصرف الصبى المميز ينعقد وذلك لقوة أدلة المالكية والحنفية ورواية عند الحنابلة .. فهو مأذون له بالتجارة .

ب ــ **أن يكون العاقد متعددا** .. يرى الحنفية (٢٤) أن الواحد **لا** يصلح عاقدا من الجانبين فى باب البيع الا الأب فله أن يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة ..

وبالامعان نجد أن شرط التعدد فى هذه المسألة « مسألة الأب » يعتبر موجودا .. أما فى المذاهب الأخرى .. فيرون ذلك أيضا .. الا أنهم لايذكرون هذا كشرط .. فهم يعتبرون العاقدين من أركان العقد .. ومبنى هذا قائم على الخلاف الموجود بين الحنفية وغيرهم فى تحديدهم للركن .

فالحنفية يرون الركن جزء الماهية الذى منه ومن غيره تتكون الماهية . . . . . فيما يرى غيرهم من الفقهاء أن الركن هوما يتوقف عليه الشىء سواء كان جزء الماهية أو غير جزء .. لكن يتوقف عليه وجود الشىء .. ولذلك نرى أن بعض الأركان عند غير الحنفية هى شرط لوجود الشىء عند الحنفية .

---

(١٩) رواه أبو داود فىسننه . ، ٩٧/٤ ــ ٩٩ ، وقال الآمدى : رواه أحمد وأبو داود والحاكم من طريق على وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما ــ انظر الأحكام للآمدى ١٥٠/١ . ط أولى م/النور ــ تعليق عبد الرازق عفيفى

(٢٠) المهذب ٢٥٧/١ ، مغنى المحتاج ٧/٢ .

(٢١) نفس المصدر السابق

(٢٢) مغنى المحتاج ٧/٢ .

(٢٣) المغنى والشرح الكبير ١٨٥/٤ .

(٢٤) انظر البدائع ٢٩٨٦/٦ .

المطلب الثانى : الشروط التى ترجع الى صيغة العقد :

والشروط التى ترجع الى صيغة العقد هى **ما يلى** :

١ — **أن يكون القبول موافقا للايجاب** بأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع .. فان خالفه بأن قبل غير ما أوجبه البائع .. فلا ينعقد العقد من غير ايجاب مبتدأ موافق (٢٥) .

٢ — **الا يفصل بين القبول والايجاب فاصل يدل على الاعراض (٢٦)** عن البيع عرفا (٢٧) فلا يشترط أن يكون القبول بعد الايجاب فورا .. لأن القابل يحتاج الى التأمل والتفكير فى البيع .. وهذا يستدعى بعض الوقت الذى لا يعتبر اعراضا عن القبول ولو اقتصر الأمر على الفور لا يمكنه التأمل والتفكير .. فلم تشترط الفورية (٢٨) .

* **المطلب الثالث : الشروط التى ترجع الى البدلين .**

أما الشروط التى ترجع الى البدلين فهى **ما يلى** :

١ — **أن يكون المبيع موجودا** : أن كون الوجود شرط فى المبيع امر مسلم به مطلقا عند بعض الفقهاء ولا مطلقا عند ابن القيم .. وقد أبنت ذلك بصورة مفصلة وبوضوح عند كلامى عن « التعاقد على المعدوم » فى الباب التمهيدى .

وذكرت رأى ابن القيم فيه .. وما استدل به من كتاب وسنة ورده على من اشترط وجود المبيع مطلقا كشرط لصحة البيع وانعقاده .. وقد رجحت الأخذ برأى ابن القيم بالنسبة لعقد الاستصناع فليرجع اليه (٢٩) .

٢ — **أن يكون البدلان مالا متقوما** : ومن شروط الانعقاد فى البدلين أن يكونا مالا متقوما (٣٠) .. لأن البيع هو مبادلة مال بمال .. فلا ينعقد بيع الحر مثلا .. لأنه ليس بمال ، ولا الخمر ، ولا الخنزير لكونهما ثبت حكمهما بالمنع على العموم فى حق المسلم والكافر .

---

(٢٥) انظر البدائع ٢٩٩٠/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، المهذب ٢٥٧/١ ، المغنى ٣/٤ .
(٢٦) بداية المجتهد ١٧٠/٢ .
(٢٧) الاختيار ٦/٢ .
(٢٨) كشاف القناع ١٣٧/٣ .
(٢٩) راجع ماكتبته فى هذه الرسالة فى مبحث « التعاقد على المعدوم »
(٣٠) انظر البدائع ٣٠٠٠/٦ .

* وهناك خلاف فى هذه المسألة ليس هو موضوعنا .. ويعتبر مالا متقوما : ما منه منفعة (٣١) ، فما لامنفعة فيه لا يجوز بيعة ولا ينعقد العقد معه .. فلا ينعقد مثلا بيع النحل .. لأنه ليس بمنتفع به .. فلم يكن مالا بنفسه بما يحدث منه .

٣ — **أن يكون المبيع مملوكا للبائع** : لأن البيع تمليك فلا ينعقد (٣٢) فيما ليس بمملوك كمن باع الكلأ فى أرض مملوكة ، والماء الذى فى نهره أو فى بئره .. لأن الكلأ وان كان فى أرض مملوكة .. فهو مباح .. وكذلك الماء ما لم يوجد الاحراز .

٤ — **أن يكون البدلان مقدورى التسليم** : كذلك يشترط ان يكون البدلان مقدورى التسليم .. فان كان غير مقدورى التسليم لاستحالته كالطير فى الهواء .. فلا ينعقد (٣٣) .. وان كان مملوكا للبائع .

المطلب الرابع : اما الذى يرجع الى مكان العقد من الشروط فهو :

اتحاد مجلس العقد : بأن يكون الايجاب والقبول فى مجلس واحد .. فان اختلف المجلس لا ينعقد العقد حتى لو اوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس .. ثم عاد فقبل لا ينعقد العقد (٣٤) .

الفرع الثانى : شروط اللزوم :

أما شروط اللزوم فى العقد فهى **ما يلى** :

المطلب الأول : خلو البيع من احد الخيارات :

ان من شروط اللزوم فى العقد خلو البيع من احد الخيارات التى تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد .. **مثل** : خيار الشرط ، والغبن ، والعيب ، والرؤية .

---

(٣١) ، (٣٢) انظر البدائع نم ، الشرح الصغير ١٩/٣ وما بعدها . الوجيز ١٣٣/١ ، المجموع ١٥٧/٩ وما بعدها ، المقنع ٥٥/٢ وما بعدها ، كشاف القناع ١٥١/٣ .

(٣٣) انظر البدائع ٣٠١٣/٦ ، المقنع نفس المصدر السابق ، الوجيز ١٣٣/١ ، المجموع ١٥٧/٩ .

(٣٤) البدائع ٢٩٩٢٧/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، المهذب ٢٥٨/١ ، كشاف القناع ١٣٧/٣ .

فاذا وجدت أحد هذه الخيارات أو بعضها فانه يمنع من لزوم البيع فى حق من له الخيار وكان لهأن يقبل البيع ويمضيه أو يفسخه ويرده (٣٥).. وسنورد تفصيلا لهذا الموضوع ، وبيان لزوم عقد الاستصناع وعدمــه ، وبيان الخيارات فيه « العيب والرؤية » ان شاء الله .

المطلب الثانى : وجود شرطى الانعقاد والصحة فى البيع :

فلو باع انسان جيفة بيعا عاريا من الخيارات .. فلا يكون لازما .. ولوباع مالا مع جهالة الثمن .. لايلزم أيضا .. وللطرفين حق الفسخ(٣٦).

الفرع الثالث : شروط صحة العقد :

وشروط صحة العقد هى **ما يلى :**

المطلب الأول : مايشمل كلالشروط السابقة للانعقاد (٣٧) لكونها تتداخل مع شروط الصحة ، فما لا ينعقد العقد بدونه لا يصح بدونه ضرورة .. اذ الصحة أمر زائد على الانعقاد .

المطلب الثانى : أن يخلو العقد مما يلى (٣٨) **فيما يلى :**

١ ــ الجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع (٣٩) **فيما يلى :**

أ ــ جهالة المبيع جنسا أو نوعا أو قدرا بالنسبة للمشترى .

ب ــ جهالة الثمن (٤٠) .. فلا يصح بيع الشىء بمثله أو بما يستقر عليه السعر مثلا .

جـ ــ جهالة الآجال (٤١) . كما فى الثمن .. فيجب أن تكون المدة معلومة .

---

(٣٥) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ وما بعدها ، المهذب ٢٥٧/١ ، كشاف القناع ١٨٩/٣ ، المغنى ٦/٤ .
(٣٦) شرح المجلة العدلية لحيدر م/٣٦١ .
(٣٧) انظر البدائع ٣٠٣٧/٦ وما بعدها ، شرح المجلة م/٣٦١ .
(٣٨) بداية المجتهد ١٤٨/٢ .
(٣٩) هناك جهالة يسيرة لاتؤدى الى النزاع ولا تزعزع استقرار العقد .. فهذه معفى منها عند أكثر الفقهاء .
(٤٠) البدائع ٣٠٥٣/٦ .
(٤١) نفس المصدر السابق ٣٠٣٩/٦ .

٢ ـ خلو العقد من الشروط الفاسدة : اشترط الفقهاء أن يخلو العقد من الشرط الفاسد .. وللفقهاء خلاف فى تحديد الشرط الفاسد .. فبينما يرى الحنفية أن الشرط قد يكون مفسدا للعقد ، وقد يكون مبطلا له .. يرى غيرهم أن الشرط المفسد والمبطل بمعنى واحد .. وتحقيق هذا محلة كتب الأصول .

* وأيا كانت تلك الشروط الفاسدة .. فاذا وجدت يكون البيع غير صحيح (٤٢) اذا لم يكن الشرع ورد به ، أو لم يكن من مقتضى العقد .

٣ ـ خلو العقد من الغرر : يشترط لصحة عقد البيع خلوه من الغرر (٤٣) .. والمراد به غرر الوصف كما لو باعه ناقة على انها تحلب كذا رطلا .. فالبيع فاسد لأن ذلك موهوم التحقق .. فقد ينقص .. أما لو باعها على انها حلوب من غير تحديد مقدار .. فان البيع صحيح .

* الفرع الرابع : شروط النفاذ :

بعد أن ينعقد العقد وتتوفر فيه شروطه المذكورة سابقا .. قد يعروه شىء آخر يجعله منعقدا .. الا أنه موقوف على اجازة من له حق الاجازة .. لهذا اشترط الفقهاء شروطا لكى ينفذ العقد .. فقد قال بهذا (٤٤) الحنفية ، والمالكية .. وفى رواية لأحمد وأحد القولين للشافعية .. واليك الشروط فى هذا وهى :

المطلب الأول : الملك أو الولاية :

أما الملك .. فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع .. فلا ينفذ بيع الفضولى لانعدام الملك والولاية .. لكنه ينعقد (٤٥) موقوفا على اجازة المالك عند الحنفية ، والمالكية ، ورواية عند الحنابلة ، وقول عند الشافعية .

---

(٤٢) انظر البدائع ٣٠٧١/٧ ، بداية المجتهد ١٢٥/٢ وما بعدها ، المهذب ٢٦٨/١ ، المقنع ٢٩٨/١ .

(٤٣) البدائع ٣٠٥٣/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٢٥/٢ وما بعدها ، ١٤٨/٢ ، مغنى المحتاج ١٦/٢ وما بعدها ، المغنى ٢٨/٤ وما بعدها .

(٤٤) انظر البدائع ٣٠١٩/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ المغنى ١٨/٤ مغنى المحتاج ١٥/٢ ،

(٤٥) انظر البدائع ٣٠١٩/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ ، مغنى المحتاج ١٥/٢ . المغنى والشرح الكبير ١٨/٤ .

المطلب الثانى : ألا يكون فى المبيع حق لغير البائع :

فان كان فى المبيع حق لغير البائع .. فانه يكون منعقدا .. الا أنه لاينفذ حتى يأذن من له الحق .. فلا يكون بيع المرهون ، وبيع المأجور نافذين ، فاذا ما أجازه الراهن والمؤجر بصورة يتفقان عليهافيجوز عندئذ وينفذ البيع .. (٤٦)

وهناك تفصيل عند الشافعية والحنابلة والمالكية ليس مكانها هاهنا ، ويرجع اليها فى كتب الفروع (٤٧) .



(٤٦) انظر البدائع ٣٧٢٢/٨ .
(٤٧) بداية المجتهد ٢٧٥/٢ ، مغنى المحتاج ١٢٣/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٥١٣/٤ .

* المبحث الثانى :

* الشروط الخاصة بالاستصناع :

* تمهيــد :

بحث فقهاء الحنفية الشروط الخاصة بالاستصناع .. فتكلموا عن ثلاثة شروط هى :

١ — ان يكون المعقود عليه معلوما ، أو بعبارة أخرى : شرط بيان الجنس ، النوع ، القدر . وكلامنا عن هذا الشرط يسبقه بيان رأى فقهاء الحنفية فى المعقود عليه هل هو العمل أم العين ؟ .

٢ — أن يكون الاستصناع مما يجرى به التعامل .. وهذا الشرط يرتكز عليه الاستصناع فى الجواز .. وسنتكلم عن التعامل ، والعرف .. قبل الكلام عن هذا الشرط .

٣ — ضرب الأجل فى الاستصناع : وسنبين خلاف الفقهاء فيه .. وبنفس الطريقة السابقة فى الشرطين .. سنتكلم عن معنى الأجل .. وهل له صلة بالسلم أم لا ؟ واقسام الأجل عند الحنفية .. وماذا يقصد به اذا اطلق فى الاستصناع ؟

* **الفرع الأول :** يشترط فى المستصنع فيه أن يكون معلوما ..

وضع للاستصناع شرط واحد خاص بالمعقــود عليه وهو أن يكون معلوما .. وقبل البحث فى شرط المعقود عليه هذا .. لابد من التكلم عن المعقود فى الاستصناع ما هو ؟ وما المراد منه ؟ .

المعقود عليه فى الاستصناع : الاستصناع يستلزم شيئين مهمين هما : « العين ، العمل » .. وهما مطلوبان من طرف واحد وهو الصانع.

فالعين وهى المادة الخام التى يراد العمل فيها وبها من قبل الصانع وفق المواصفات المطلوبة من المستصنع .. والعمل .. وهو الجهد الذى يبذله الصـــانع ، أو من يقوم مقامه .. لكى يصـــنع المطلوب منه وفق المواصفات التى يقدمها المستصنع له .. فمن هنا يبرز لنا امر .. لابـــد من تحقيقه .. وهو حقيقة المعقود عليه .. اهو العمل أم العين .

اختلف فقهاء الحنفية فى تعيين المعقود عليه وكان اختــلافهم على رايين هما :

الأول : العين هى المعقود عليه :

من الحنفية من قال بأن المعقود عليه هو العين .. وقال بهذا الراى جمهور الحنفية ..

الثانى : العمل هو المعقود عليه :

وقال بهذا الرأى ابو سعيد البردعى .

*** الأدلة :**

*** ادلة الراى الأول القائل بأن المعقود عليه هو العين :**

استدل الجمهور من المعقول على النحو الآتى :

اولا : قال جمهور الفقهاء انه من المتفق عليه بيننا وبين من يعارضنا انه لو استصنع رجل آخر فى عين ، وسلمها له الصانع بعد ان استكمل كل مايطلبه المستصنع سواء كانت الصنعة قد تمت بفعل الصانع أم بفعل غيره بعد العقد .. فان العقد يلزم ، ولا ترد العين لصانعها .. الا بخيار الرؤية .. فلو كان العقد واردا على صنعة الصانع « اى عمله » لما صح العقد اذا تمت الصنعة بصنع غيره .. وهذا دليل على أن العقد يتوجه على العين لا على الصنعة .

* قال السرخسى (٤٨) والأصح ان المعقود عليه المستصنع فيه «العين» وذكر الصنعة « العمل » لبيان الوصف .. فان المعقود هو المســتصنع فيه .. الا ترى انه لو جاء به مفروغــا عنه من صنعته أو من صــنعته قبل العقد فأخذه كان جائزا ..

وجاء فى فتح القدير وغيره (٤٩) : المعقود عليه العين دون العمل .

وقال الشرنبلالى (٥٠) : المبيع هو العين قول الجمهور وهو الأصح .

---

(٤٨) المبسوط ١٣٩/١٢ .

(٤٩) فتح القدير ٣٥٥/٥ ، الدرر الحكام شرح غرر الاحكام ١٩٨/٢ .

(٥٠) حاشية الشرنبلالى على الدرر ١٩٨/٢ .

ثانيا : واستدل الجمهور من الحنفية بأن المتفق عليهأن الاستصناع يثبت فيه للمستصنع خيار الرؤية وخيار الرؤية لايكون الا فى بيع العين .. فدل ذلك على أن المبيع هو العين لا الصنعه .

نقل عن الامام محمد صاحب أبى حنيفة قوله (٥١) : اذا جاء به مفروغا عنه فللمستصنع الخيار لأنه اشترى شيئا لم يره .. وخيار الرؤية انما يثبت فى بيع العين .. فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه .

ادلة الرأى الثاني : القائل بأن المعقود عليه هو العمل :

استدل لرأى أبى سعيد البردعى القائل : بأن هذا العقد أشبه بالاجارة منه بالبيع وانهعقد على العمل (٥٢) لا على العين .. استدل لهذا الرأى بما يلى :

١ ـ عقد الاستصناع ينبىء عنه أنهعقد على العمل فالاستصناع طلب العمل لغة والأديم ، والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل (٥٣) .. فيكون اقرب للاجارة منه لعقد البيع (٥٤)

٢ ـ لو لم يكن عقد الاستصناع عقد عمل لما جاز أن يفرد بالتسمية فهو أشبه مايكون بعمل الصباغ (٥٥) .. اذ العين وهى الصبغ ، والعمل من عند الصباغ .. ومع هذا لا يعتبر عقد استصناع .. بل هو اجارة محضة .. وعقد الاستصناع أشبه بهذا .

*** المناقشة :**

وقد نوقش راى الجمهور (٥٦) بأنه لو كان كما قلتم : بأن الاستصناع يكون فيه المعقود عليه العين المصنوعة .. وهذا يكون اقرب للبيع لما بطل العقد بموت الصانع كما هو مجمع عليه عند الحنفية .

---

(٥١) المبسوط ١٣٩/١٢ .
(٥٢) فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الدرر شرح الغرر ١٩٨/٢ وما بعدها .
(٥٣) المبسوط ١٣٩/١٢ .
(٥٤) فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الدرر شرح الغرر ١٩٨/٢ وما بعدها
(٥٥) نفس المصدر السابق
(٥٦) فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

وقد رد جمهور الحنفية ما استدل به (٥٧) أبو سعيد البردعى .. من ان الاستصناع يبطل بموت الصانع وأنه لو كان بيعا ما بطل بموت أحد المتعاقدين .. رد جمهور الحنفية ذلك فقالوا :

ان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل .. وله شبه بالبيع من حيث أن المقصود فيه العين المستصنع .. فلشبهه بالاجارة قلنا أنه يبطل بموت أحد المتعاقدين .. ولشبهة بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس .. والاستحسان .. وأثبتنا فيه خيار الرؤية .. ولم نوجب تعجيل الثمن فى مجلس العقد .

فكل هذه الأمور .. يختص بها البيع لا الاجارة .

وقال جمهور الحنفية أيضا : بأن قياس الاستصناع على عمل الصباغ فى الثوب المصبوغ قياس مع الفارق ، وذلك لأن الصبغ أصل (٥٨) .. والصبغ آلته فكان المقصود فيه العمل .. وذلك اجارة وردت على العمل فى عين المستأجر .. أما هنا : فى الاستصناع فالأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا .. ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة فى حكم واحد لاغير (٥٩) .. وهو أنه يبطل العقد عند موت أحدهما « الصانع والمستصنع » وهذا لايجعله اجارة بحتة .. بل هو بيع أخذ شبها من عقد الاجارة .

الرأى الراجح :

ان الرأى الراجح عندى .. هو رأى جمهور فقهاء الحنفية القائل بأن المعقود عليه فى الاستصناع هو « العين » وذلك لقوة أدلة الجمهور ، واستنتاجاتهم ، ومناقشتهم لأدلة القائل بأنه العمل .. وضعف أدلة هؤلاء تدلنا على رجحان رأى الجمهور أيضا .

ثم نرجع بعد هذا الكلام الى بيان الشرط الأول وهو أن يكون المعقود عليه فى الاستصناع معلوم القدر والجنس والنوع والصفة .

اهتم فقهاء الحنفية بهذا الشرط (٦٠) فقدموه على كل الشروط مع أنه شرط ورد فى كل عقد كما ذكرنا ذلك فى شروط العقد العامة .

---

(٥٧) فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .
(٥٨) الصنع أصل « أى عمل الصباغ فى الفرشاة هو أصل فى عمله »
(٥٩) فتح القدير ٣٥٦/٥ .
(٦٠) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ . البدائع ٢٦٧٧/٦ .

قال السمرقندى (٦١) : لابد من بيان القدر وبيان الصفة والنوع .. وأيده الكاسانى (٦٢) بقوله عن هـذا الشرط فقال : ومنها بيـان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته .. لأنه لايصير معلوما بدونه .

اما بيان جنس المصنوع .. فيكون ببيان المطلوب صنعه هل هو مثلا مائدة أم بندقية أم سيارة أم غير ذلك ، وببيان النوع والصنف والمادة وكل ذلك منعا للالتباس والاشتباه . ففى التعاقد على صنع مائدة مثلا : لابد من بيان نوعها هل هى من الخشب مثلا .. وهل تكون للطعام أم للكتابة.. ولابد من بيان القدر من الطول والعرض والارتفـاع .. والسماكة فى الخشب .. وسماكة الأرجل مثلا .. الخ . من المقادير المطلوبة التى تمنع الجهالة بالمستصنع فيه . ولابد من بيان صفة المطلوب صنعه كأن يكون فى المائدة مثلا من خشب الساج ، أو الخشب الأبيض ، أو الاحمر ، وصفة الصبغ الى آخره من الصفات .

وقد ضرب الفقهاء أمثلة عديدة لذلك بما كان يستصنع فى عهدهم .. الا ان هذه الأمثلة ليست للحصر .. بل للتمثيل .

فمما ذكروه فى هذا المضمار قولهم : لو ارى المشترى رجله لخفاف . فقال له اصنع لى زوجى حذاء من نوع الجلد الفلانى على أن يكون ذلك الجلد منك بكذا دينارا وقبل البائع . او تقاول مع نجار على أن يصنع له زورقا أو عربة او سفينة وبين له طولها وعرضها .. او كما تفعله الدول النامية مع الدول الصناعية فى استصناع الآلات والمعدات .

* الفرع الثانى : ان يكون مما يجرى فيه التعامل :

ومن الشروط الخاصة بالاستصناع أن يكون مما يجرى فيه التعامل.. وقبل البحث فى هذا الشرط .. لابد من كلمة عن مفهوم التعامل بين الناس:

* تمهيـد :

اجاز فقهاء الحنفية الاستصناع للحاجة استحسانا وواضح أن كل ماتدعو اليه حاجة هى مصلحة مطلوبة من قبل الشارع الحكيم . وذلك ضمن مقاصد الشريعة . التى دعت للمحافظة عليها وهدفت الى تحقيقها

(٦١) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .
(٦٢) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

لتسير الحياة وتنظم .. فكل ماهو ضرورى لحياة المجتمع البشرى أو حاجى .. دعا الشارع للحفاظ عليه .. وأمر بايجاده وعاقب على محاولة هدمه وتضييعه .. واعتبرت الحاجة عند الفقهاء مبدأ تحكم بها الأحكام الشرعية العامة .. فتكون مبررا للاستثناء اذا تعارض مانقضى به فىحالة من الحالات مع الحكم العام .. فيؤخذ بمقتضاها .. وهذه الحالات استثنائية فالأحكام الشرعية هى لرعاية مصالح الناس وقضاء حاجياتهم وتسهيل أمورهم فهى فى الواقع لاتتعارض مع مصالح الناس لكن قد يؤدى وضع المعايير الشرعية فى بعض الحالات الى تخلف الحكم الضرورى والحاجى .

وفى هذه الحالات يترك المعيار العام ويؤخذ بما تقضى به الضرورة والحاجة والأمثلة على ذلك كثيرة ومتعددة .

فالحكم العام .. يحرم أكل الميتة وشرب الخمر .. ولكن فى بعض الحالات يرخص للضرورة فى اتيان هذا المحرم .. فيباح أكل الميتة احياء للنفس عند اشتداد الجوع ، وعدم وجود المباح من الطعام واشراف النفس الجائعة على الهلاك .. **(فمن اضطر غير باغ ولا عاد .. فلا اثم عليه .. ان الله غفور رحيم)** (٦٣) .. فمنع أكل اللحم غير المذكى هولحفظ النفس.. وهو أمر ضرورى .. لكن حينما يكون حفظ النفس بأكل هذا الممنوع فانه يترك المعيار العام ويباح ضده : وهو أكل الميتة وذلك عند اشراف النفس على الهلاك ، ومقاربتها له.. وكذلك العقود شرعت أساسا رفعا للحرج والمشقة عن المكلفين .. وتيسير وسائل التعامل بينهم .. فاذا أدت مشروعية هذه العقود على صفة مخصوصة الى لحوق المشقة فى بعض الصور لزم الرجوع الى ما تقضى به الحاجة كما فى السلم والاستصناع .. فكانت الحاجة وسيلة من وسائل الاستثناء والترخص ومن هنا .. كانت قاعدة ((**المشقة تجلب التيسير**)) ، وقاعدة « **اذا ضاق الأمر اتسع** » وقاعدة ((**الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة (٦٤)**)) ..

وهنا يمكننا أن نقول أن تعريف الاستحسان يوحى بأننا يجب أن نسير فى الطريق الى نهايته فى اباحة عقد الاستصناع .. فقد عرف الاستحسان العلماء ومنهم السمعانى اذ يقول (٦٥) : ان كان هو القول بما يستحسنه

(٦٣) البقرة /١٧٣ .

(٦٤) انظر من قواعد الحاجة فى الأشباه والنظائر للسيوطى .. القاعدة الرابعة ص٧٧ : مطبعة الحلبى. ١٣٣٨هـ نظرية الاباحة لسلام مدكور ص/٣٤٢ .

(٦٥) ارشاد الفحول ص/٢٢٤ . ط أولى سنة ١٣٢٧ هـ م السعادة .

الناس ويشتهيه من غير دليل فهو باطل .. ولا أحد يقول به .. وان فسر الاستحسان : بالعدول عن دليل الى دليل أقوى منه .. فهو مما لا ينكره احد عليه .

والاستصناع فى وقتنا الحاضر بعد أن أصبح أمرا عاما يشمل الهيئات والمؤسسات والأفراد ، وأصبح عمل الشركات الصناعية على هذا العقد.. بل والحكومات كذلك فعقود الاستصناع أصبحت لا تخص صنع الخفاف ولا الطشوت ولا القلنسوة .. فقط .. بل أصبحت تستعمل فى تجهيز مكان العرس وأثاث المدرسة ومعدات الجيش ...... الخ . لذلك كان على الفقهاء أن يعالجوا هذا التعامل بتكييف عقده حتى يكون العقد السائر بين الناس ملائما للشرع ومتفقا معه .. وذلك بتعديل العقد ووضع شروط له.

ولا أعتقد أن ما قاله فقهاء الحنفية من انه عقد بيع شرطت فيه الصنعة الا تكييفا سليما يمكن على هديه أن تسير معاملة المتعاقدين به قضاء وديانة .. ايجابا وقبولا نظاما وصنعة .

اذن .. لابد أن تحل طبقا لشروط هذا العقد التى وضحها فقهاء الحنفية ما يحدث من منازعات وخلافات .. ولهذا أضع تصور فقهاء الحنفية لهذا العقد وعلى أى صورة كيفوه عندهم .

ان الأخذ بالعرف وهو : ما استقر فى النفوس من جهة العقول السليمة وتلقته الطباع السليمة بالقبول (٦٦) — عند الذين يعدونه دليلا مستقلا عن المصالح المرسلة والاستحسان .. هو ترشيح للأخذ بمبداى الضرورة والحاجة .. لأن تعامل الناس فى مجموعهم لا يجنح اليه الا نحو ما تقتضى حاجة الناس الى هذا الذى يتعاملون به مع ملاحظة أن يكون التعامل (٦٧): غير معارض لنص من كتاب او سنة ثابتة .. وأن يكون مطردا وغالبا أى أن تكون العادة كلية .. وأنه لا عبرة بعرف أو تعامل اذا كانا مخالفين لنص شرعى .. وانه لا عبرة بالعرف الطارىء وأن لا يصرح المتعاقدان بما يخالف هذا العرف المحتكم اليه . فاذا صرحا بخلافه بما يوافق مقصود الشرع صح .

فالعرف يعم اذا لم يكن مخالفا لنص شرعى أوشرط لأحد العاقدين (٦٨)..

---

(٦٦) رسالة العرف لابن عابدين مع مجموعة الرسائل ١١٤/٢ — طبعة سنة ١٣٢٥هـ .
(٦٧) العرف والعادة لأبى سنة ص ٥٦ وما بعدها .
(٦٨) انظر المدخل للزرقاء ٨٧٣/٢ — ٨٨١ .

العرف والقياس :

العرف ليس مصدرا تشريعيا نستمد منه الأحكام .. لهذا لو تعارض العرف والقياس فما الذى يكون ؟

يرى بعض الفقهاء (٦٩) أن القياس يترك للعرف أن كان العرف عاما سواء أقره النبى صلى الله عليه وسلم أو عمل به من غير نكير من المجتهدين أو دعت اليه ضرورة الناس أو حاجاتهم .. لأن العرف حينئذ يكون أقوى حجة من القياس ورعايته هى رعاية لمصلحة لأنه أمارة الحاجة وهو من الاستحسان على اصطلاح الحنفية ..

فانهم أطلقوه **بمعنيين** :

احدهما : القياس الخفى فى مقابلة القياس الجلى المتبادر وجهه الى الافهام .

ثانيهما : كل دليل يقابل القواعد العامة سواء كان نصا أو اجماعا أو ضرورة ومرادهم بالاجماع ما يشمل العمل الذى يرجع اليه بعض أنواع العرف بدليل تمثيلهم بالاستصناع .. كما أن مرادهم بالضرورة ما يشمل الحاجة .. وهذا الاطلاق أعم من الأول وهو اطلاق شائع فى الفروع .

* وبناء على ذلك .. فقد اضطرد العرف الآن وشاع بين جميع البلدان التعامل بالاستصناع خفافا كان المستصنع أو قدورا أو طائرات أو دبابات أو اجهزة علمية فيكون هذا العقد صحيحا له أحكام عقد البيع العامة ، وأحكام عقد الاستصناع الخاصة التى ذكرناها سابقا ولاحقا فى هذا البحث .. وذلك بناء على شيوع العرف وانتشاره وان كان ذلك فيه مخالفة للقياس لأنه بيع ما ليس بموجود .. فعقد الاستصناع عقد سليم من الوجهة الشرعية بالنسبة لما استجد فيه من أمور لم تكن متعارفة عند الفقهاء .. وعليه وبعد هذه الكلمة الموجزة أنتقل الى بيان شرط التعامل فى الاستصناع .

ان يكون مما يجرى فيه التعامل : هذا الشرط اجمع عليه فقهاء الحنفية ويقوم عليه الاستصناع الجائز .. اذ أن الاستصناع كما بينا سابقا جائز استحسانا للتعامل الجارى عليه عند الناس منذ عصر النبى صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا .

---

(٦٩) العرف والعادة لابى سنة ١٠١ .

قال الكاسانى : فى معرض الكلام عن شروط عقد الاستصناع (٧٠) :
أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس من أوانى الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف ، والسكاكين ، والقسى ، والنبل ، والسلاح كله والطشت ، والقمقم ونحو ذلك .

وجاء فى فتح القدير (٧١) : ولأنه يجوز فيما فيه تعامل .. وفى موضع آخر يقوم : ولا يجوز الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع .

أما ابن عابدين (٧٢) : فقد عبر عن هذا بعد تأييده للبدائع بما أورد من شروط فقال : بخلاف مالا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح .

أما صاحب الدرر .. فما أورده متفق جميعه مع ما أسلفنا للنصوص وغيره من الفقهاء جاؤوا بهذا ومثله (٧٣) .

من كل ماتقدم .. نرى أن فقهاء الحنفية مجمعون على أن التعامل شرط أساسى فى جواز الاستصناع .. لذا يعتبرون الاستصناع فاسدا حال فقدانه لهذا الشرط ولو اجتمعت فيه الشروط الأخرى .. وهذا مما يدلنا على أهميته .

مالا يجوز الاستصناع فيه :

جاء فى فتح القدير (٧٤) « وفيما لاتعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخيط قميصا بغزل نفسه » .. وعند الحنفية : أن هذا الاستصناع فاسد .. فيحمل على السلم أى أنه يجوز سلما لااستصناعا .. جاء فى الدرر (٧٥) شرح الغرر : فى معرض الكلام عن الاستصناع لم يصح أى الاستصناع غير المتعامل به فى الثوب

---

(٧٠) البدائع ٢٦٧٨/٦
(٧١) فتح القدير ٣٥٥/٥ ، ٣٥٦ .
(٧٢) حاشية ابن عابدين ٢٢٣/٥
(٧٣) الدرر شرح الغرر ١٩٨/٢
(٧٤) ٣٥٥/٥
(٧٥) ١٩٩٨/٢

الا بأجل فينتقل حكمه الى حكم السلم كما لو أمر حائكا أن ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدراهم معلومة .

فما لا تعامل فيه يعتبر استصناعا فاسدا فيحمل على السلم الصحيح: فلا يجوز قياسا واستحسانا .. لأن القياس يأبى جواز الاستصناع المكتمل للشروط فكيف اذا فقدها ؟ ولا يجوز استحسانا لأن الحنفية جوزوه أن كان فيما فيه تعامل استحسانا لهذا التعامل من لدن الرسول صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا .. والتعامل هو الداعى للجواز ففقدان هذا التعامل يمنع الجواز .

استصناع الآلات والمعدات :

بقى أن نعرف أن ماذكره فقهاء الحنفية من بعض المواد الخام وبعض الآلات والحاجيات دون البعض انما هو من قبيل التمثيل فقط لا من قبيل الحصر .. وليس معنى هذا أن الأمور التى جدت أو تجد ويشيع التعامل بين الناس بها دون مصادمتها لنص شرعى يجوز التعاقد فى مثلها .. والا أصاب الناس جهد شديد وحرج بالغ ومشقة لاتحتمل .. وهذا ما تأباه الشريعة الاسلامية وعقد الاستصناع ترك القياس فيه عملا بالاستحسان تخفيفا على الناس ورحمة بهم فمبدأ جوازه وسببه يوجبان (٧٦) عدم قصره على ما أورده فقهاء الحنفية من مواد وآلات .. فما ذكروه من الأوانى والخفاف والنعال ولجم الحديد وما شاكل ذلك يمكن أن يعتبر الاستصناع فيه جائز وفى غيره .

فهذا الذى تعومل به وغيره زادت عليه مجلة الأحكام العدلية أنواعا يجوز الاستصناع فيها لأنه متعامل به فى وقت الدولة العثمانية : كالبندقية والسفن الحربية والتجارية ..

ويبنى على هذا كله .. انه يجوز أن يعتبر التعامل الحاصل الآن فى الثياب والذى عده أكثر فقهاء الحنفية مما لايجوز التعامل به .. أنه جائز الآن .. لأن التعامل به فى عصرنا كثير .. فما ذكره اذن فقهاء الحنفية من انه : لايجوز الاستصناع فى الثياب (٧٧) انما هو منع لما كان معهودا فى

---

(٧٦) البدائع ٢٦٧٨/٦ ، فتح القدير ٣٥٤/٥ ، حاشية ابن عابدين ١٢٣/٥ ، المبسوط ١٣٨/١٢ .

(٧٧) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

عصرهم من عدم التعامل به فقد علل المانعون لهذا التعاقد بقولهم (٧٨) : لأن القياس يأبى جوازه ، وانما جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل فى الثياب .

فعلى هذا يجوز التعامل فى كل مادة وفى كل آله بشرط أن تنطبق عليه أحكام هذا العقد مما ليس بممنوع شرعا وذلك لجواز التعاقد فى الشريعة الاسلامية مطلقا مما لم يرد فيه نص أو اجماع بالتحريم (٧٩) .

* الفرع الثالث : اشتراط ضرب الأجل :

* تمهيـد :

هذا الشرط يستدعى منا عدم الدخول فى بيانه بصورة مباشرة .. اذ لابد من ذكر لمحة تمهيدية عن مفهوم الأجـل ، ونوعى الأجل ودخـول الأحل فى السلم عند الحنفية .

مفهوم الأجل : الأجل فى اللغة (٨٠) مدة الشىء ويقال فعلت ذلك من اجلك بفتح الهمزة وكسرها اى من جراك ، « استأجله فأجله » الى مدة ، « الأجل » ، « الآجل » ضد العاجل والعاجلة .

فضرب الأجل معناه ضرب المدة .

انواع الأجل : يقسم الحنفية الأجل الى قسمين هما :ـ

* **أولا : أجل للاستعجال** : ويقصدون به ضرب المدة القصيرة التى لايقصد بها التأخير .. وانما يقصد بهـا الفراغ من عمـل الشىء بأقرب فرصة يراها .

قال صاحب العناية (٨١) : وعند الكلام عن ضرب الأجل فى القسم الثانى الذى سيأتى فيما بعد : « اما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد » فالفراغ منه غدا أو بعد غد .. دليل على الاستعجال لا الامهال .

---

(٧٨) نفس المصدر السابق .
(٧٩) راجع بحثنا فى الباب التمهيدى عن حرية المكلف فى انشاء العقود .
(٨٠) مختار الصحاح باب الهمزة .
(٨١) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥

* **ثانيا : أجل للاستمهال :** وهذا الأجل هو المقصود به عند الكلام عن الأجل على اطلاقه .

قال صاحب العناية (٨٢) : وأما اذاضرب الأجل فيما لاتعامل فيه .. فانه يصير سلما بالاتفاق ، والمراد بضرب الأجل ماذكره على سبيل الاستمهال « .. وبما أن السلم يقصد فى مشروعيته .... التيسير على الأمة فجاز مع طول المدة التى قد تصل الى السنتين ، كما فى الحديث الشريف المشهور عن ابن عباس ـ رضى الله عنه ـ السالف الذكر .. فضرب الأجل فى السلم ليس للاستعجال .. بل للاستمهال .. فعندئذ نرجع الى قول الحنفية فى هذه النقطة فنجد الهندوانى من الحنفية يقول : (٨٣) أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال .. فلا يصير به سلما .. وان كان من قبل الصانع فهو سلم .. لأنه يذكره على سبيل الاستمهال .. فقول الهندوانى « فهو سلم » : يقصد بذكره : الاستمهال وهو المدة الطويلة الموافقة لطول أجل السلم ولكى نفهم أجل السلم .. لابد من معرفة رأى الحنفية عن دخول الأجل فى السلم :

دخول الأجل فى السلم : أما دخول الأجل فى السلم .. فقد اختلف فقهاء الحنفية فى أدنى مدة الأجل فى السلم الى **مايلى (٨٤) :ـ**

١ ـ قيل أدنى مدة هى شهر .. وهو رأى جمهور فقهاء الحنفية .
٢ ـ قيل أدنى مدة هى ثلاثة أيام : وبه قال أحمد بن أبى عمران البغدادى استاذ الطحاوى وآخرين .
٣ ـ قيل أدنى مدة هى نصف يوم فأكثر .. وبه قال أبو بكر الرازى .
٤ ـ وقيل ان تقديره يرجع الى العاقدين (٨٥) وهو كل ما يمكن تحصيل المسلم فيه (٨٦) .

الأدلـــة :

١ ـ استدل أصحاب الرأى الأول القائل : بأن أقل مدة فى السلم هى شهر

أ ـ بماروى عن محمد أنه قدر بالشهر ثم قال تعليلا (٨٧) : ان الأجل انما

---

(٨٢) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ .
(٨٣) فتح القدير ٣٥٥/٥
(٨٤) نفس المصدر السابق ٣٣٦/٥
(٨٥) البدائع ٣١٧٥/٧
(٨٦) فتح القدير ٣٣٦/٥
(٨٧) البدائع ٣١٧٥/٧

شرط فى السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم اليــه ليتمكن من الاكتساب فى المــدة .. والشهر مــدة معتبرة يمكن فيهــا الاكتســاب فيتحقق معنى الترفيه .. فأما مادونه ففى حد القلة .. فكان له حكم الحلول . وفى هذا المعنى ذكر فى فتح القدير (٨٨) : من أن الشهر ادنى الآجل واقصى العاجل .

ب ــ ماذكره صاحب العناية فيمن حلف ليقضين دينه عاجــلا فقضاه قبل تمام الشهر بر فى يمينه .. فكان مادون الشهر فى حكم العاجل، والشهر ومافوقه آجل .. وهذا موجود فى باب الأيمان .

٢ ــ **دليل الفريق الثانى القائل بأن أقل مدة هى ثلاثة أيام :** استدل الفريق الثانى بأنه لماكان خيار الشرط مدته ثلاثة أيام.. فيكون الأجل هو كذلك (٨٩) كأقل مدة تعتبر اجلا .. فقيس(٩٠) هذا على خيار الشرط .. لأن مدته هى اقل مدة مقدرة شرعا ..

مناقشة هذا الدليل :

ناقش هذا الدليل .. كل من صاحب البدائع وصاحب العناية فقالا : ان هذا القياس غير سديد .. لأن أقل مدة الخيار ليس بمقدر .. والثلاثة اكثر مدة على أصل أبى حنيفة .. فلا يستقيم القياس (٩١) .

٣ ــ **دليل الفريق الثالث القائل بأن أقل مدة هى نصف يوم فأكثر :** استدلوا (٩٢) : بأن المعجل ماكان مقبوضــا فى المجلس والمؤجــل مايتأخر قبضه عن المجلس . ولايبقى المجلس بينهما فى العادة أكثر من نصف يوم .

٤ ــ **دليل الفريق الرابع القائل بأن مدة الأجل يرجع فيها الى العرف والعادة :** استدلوا بقولهم (٩٣) .. انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس فى تأجيل مثله .. كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفى الايضاح : فان قدرا نصف يوم جاز .

---

(٨٩) فتح التدير ٣٣٦/٥

(٩٠) البدائع ٣١٧٥/٧

(٩١) فتح التدير ٣٣٦/٥ ، البدائع ٣١٧٥/٧

(٩٢) العناية مع فتح القدير ٣١٧٥/٥

(٩٣) نفس المصدر السابق .

* هذه لمحة عن الأجل فى السلم لنصل على ضوئها الى معرفة متى يكون الأجل اجل سلم عند الحنفية ومتى لايكون وذلك لازم لمعرفة مايذكر من تأجيل تسليم المستصنع فى بعض الحالات اهو أجل سلم عند الحنفية أم لا ؟ .

*** رأينـــا :**

مما سبق يظهر لى أن رأى الفريق الأول القائل بأن اقل مدة فى السلم هى شهر وذلك لان المدة المحددة بزمن معين هى مدة قاطعـــة لأى نزاع فى الأجل سواء بالنسبة لتسليم المسلم فيه او بالنسبة لأى شىء آخر.

وأن المدة المقررة بشهر هى مدة فى غاية الاعتدال لااحجاف فيهـــا على البائع أو على المشترى .. ولمناقشة ادلة الآخرين وضعفها يتبين رجحان رأى الفريق الأول ــ والله اعلم ــ .

ماالمراد بالأجل المذكور فى الاستصناع :

يرى أبو حنيفة أنه لصحة هذا العقد خلوه عن الأجـــل .. فاذا ذكر الأجل فى الاستصناع ففيم يفسر ؟ هذا مانرى ضرورة بيانه هنا .. فنرى أن الحنفية يريدون بالأجل عند اطلاقه الأجل الذى ذكر سابقا فى السلم .. والراجح عند الحنفية شهر .... فالشهر يعتبر اقل اجل السلم .. فعلى هذا اذا تكلم فقهاء الحنفية فى الاستصناع عن ضرب الأجل كشرط فيه أم غير شرط .. فيراد به الشهر فما فوق .

جاء فى العنـــاية (٩٤) : والمـــراد بضرب الأجـــل ماذكره على ســـبيل الاستمهال .. وقد شرحنا مسألة الاستمهال فى الأجل سابقا .. فارجع اليها لتجد أن المقصود به أجل السلم .. والا فان كان اقل من ذلك فهـــو لايقصد به الأجل على اطلاقه .. قال فى العناية (٩٥) : أما المذكـــور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لايصيره سلما .. لأن ذكره للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم .. فمعنى هذا عندهم اليـــوم أو اليومين ليست أجلا .

---

(٩٤) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ .
(٩٥) نفس المصدر السابق .

* ضرب الأجل فى الاستصناع :

نرجع هنا الى شرطنا الثالث من شروط عقد الاستصناع الخاصة الا وهو ضرب الأجل فى الاستصناع .. **فنقول** :

اما دخول الأجل فى الاستصناع عند وجود شرط التعامل فيه . فقد اختلف فقهاء الحنفية فيه الى **مايلى** :

١ ــ **فعند أبى حنيفة : يشترط الا يكون هناك اجل يضرب فى الاستصناع**. وذلك لكى يستكمل عقد الاستصناع شروطه الصحيحة .. وعنده أن ضرب الأجل صار سلما .. فعندئذ تطبق عليه شروط السلم المعروفة كقبض البدل فى المجلس مثلا .

* **الأدلة** : استدل أبو حنيفة **بالمعقول** (٩٦) على عدم ضرب الأجل فى الاستصناع **فيمايلى** : ــ

١ ــ أن السلم عقد على مبيع فى **الذمة مؤجلا** .. فاذا ماضرب فى الاستصناع اجلا أتى بمعنى السلم (٩٧) .. **ولو كانت الصيغة استصناعا** .. فعنده يجوز أن ينعقد البيع **بلفظ التمليك** ، وكذلك الاجارة والنكاح .

* **قال السرخسى** (٩٨) : وعند الكلام عن ضرب الأجل : أن المعتبر ماهو المقصود وبه يختلف العقد .. **لاباعتبار اللفظ** ، الا ترى أنه لو قال ملكتك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعا ولو قال بسكنى هذا الدار شهرا كانت اجارة فعرفنا أن المعتبر ماهو **المقصود** .

٢ ــ أن التأجيل يختص بالديون لأنه وضع لتأخير المطالبة .. وتأخير المطالبة (٩٩) انما يكون فى عقد فيه **مطالبة** .. وليس ذلك الا السلم .. اذ لا دين فى الاستصناع .. **ويؤيد هذا** ماورد فى المبسوط (١٠٠) أن أبو حنيفة يقول : هذا مبيع دين ، والمبيع الدين لايكون الا سلما .. كما لو ذكر لفظة السلم . وبيان ماذكرنا أن المستصنع فيه مبيع .. والأجل لايثبت **الا فى الديون . فلما ثبت فيه الأجل عرفنا أنه مبيع دين** .

---

(٩٦) البدائع ٢٦٧٩/٦ .
(٩٧) تحفة الفقهاء ٥٣٩/٢ .
(٩٨) ، (٩٩) ،

توجيه السرخسى لدليل أبى حنيفة السابق :

وقد وجه السرخسى الدليل الأول (١٠١) بأن الأجل اذا ضرب انما يقصد به الامهال ، تأخير المطالبة .. وتأخير المطالبة لاتكون الا فى عقد لازم .. واللزوم فى السلم لافى الاستصناع . ونحن عرفنا ان الاستصناع جائز غير لازم .. فاذا ذكر كان ذكره دليلا على ارادة السلم فينعقد لذلك سلما .

٣ ـ يخاطب اخيرا أبو حنيفة المخالفين : عن شىء اتفقوا جميعا عليه فى الاستصناع وهو خيار الامتناع عن العمل .. الذى هو مشروع للصانع قبل العمل . فيقول ابو حنيفة عن هذا (١٠٢) : الا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع عن العمل قبل العمل بالاتفاق .. فلو اشترط الاجل للزم الصانع عدم الامتناع عن العمل قبل العمل لوجود الأجل المضروب بينهما فعدم وجود الأجل يحق للصانع خيار الامتناع عن العمل ويسوغ له ذلك بكل سهولة .

*** توجيه السرخسى للدليل :**

قال السرخسى (١٠٣) أن الأجل مؤخر للمطالبة ويكون ذلك بعد لزوم العقد واللزوم فى السلم دون الاستصناع .. فثبوت الأجل فيه دليل على أنه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه .. ولهذا لو جاء به مفروغا لامن صنعته يجبر على القبول .. وبهذا تبين فساد قولهم : أنه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه .

*** توضيح رأى أبى حنيفة السابق :**

ولتوضيح رأى أبى حنيفة ننقل ماجاء فى العناية (١٠٤) حيث ورد فيها : ولأبى حنيفة أنه دين يحتمل السلم وتقريره : لانسلم أن اللفظ محكم فى الاستصناع ، فان ذكر الأجل ادخله فى حيز الاحتمال ، واذا كان محتملا للأمرين كان حمله على السلم أولى ، لأن .. جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه ، وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة .. « يريد به ان فى فعل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة » .. ولأن السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع .. فكان الحمل على السلم أولى .

---

(١٠١) ، (١٠٢) المبسوط للسرخسى ١٤٠/١٢ .
(١٠٣) البدائع ٢٦٧٩/٦ .
(١٠٤) العناية مع فتح القدير ٣٥٧/٥ .

* خلاصة راى أبى حنيفة :

وخلاصة راى ابى حنيفة : ان عدم ضرب الأجل شرط عنده لصحة عقد الاستصناع والا اذا كان الأجل المقصود به ليس التأجيل .. بل الاستعجال .. فضربه لايضر العقد .. وقد بيناه مفصلا سابقا .. فعلى هذا لو ضربت مدة اقل من الشهر فلا يعتبر اجلا فيكون استصناعا على حاله .. وان ترك أمر المدة بدون ذكر أصلا فهو استصناع مع وجوب توافر الشروط الأخرى .

٢ ـ راى الصاحبين فى اشتراط الأجل :

اختلف الصاحبان « أبو يوسف ومحمد » مع أبى حنيفة فى موضوع ضرب الأجل فى الاستصناع .. فعندهما ضرب الأجل فى الاستصناع وعدم ضربه سواء .. بمعنى ان الاستصناع صحيح شريطة أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس .

* فان لم يكن متعاملا به بين الناس فهو سلم عند الجميع (١٠٥) .. وفيما يلى نصوص كتب المذهب فى هذا الموضوع (١٠٦) :

* **قال أبو يوسف ، ومحمد** : ضرب الأجل فى الاستصناع ليس بشرط وهو استصناع على كل حال .. ضرب فيه أجلا أم لم يضرب .. ولو ضرب للاستصناع فيما لايجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها اجلا ينقلب سلما فى قولهم جميعا .

جاء فى المبسوط عند الكلام عن ضرب الأجل (١٠٧) : وهو عند أبى يوسف ومحمد استصناع أن ضرب لذلك أجلا .. وكانت تلك الصناعة معروفة ، فهو استصناع على حاله .

الأدلــــة :

استدل الصاحبان بالأدلة **التالية** : ـ

---

(١٠٥) ، (١٠٦) البدائع ٢٦٧٩/٦ ، الهداية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ ، تحفة الفقهاء ٥٤٩/٢ الفتاوى الغياثية ص ١٥١ ، الدرر الحكام شرح الغرر ١٩٧/٢

(١٠٧) ١٣٩/١٢ ■

اولا : العادة والعرف الجاريان فى الاستصناع.. فعندهما (١٠٨) أن العادة جارية بضرب الأجل فى الاستصناع .. والاستصناع انما جاز للتعامل .. ومن التعامل بين الناس رأى الصاحبان أن الاستصناع قد تعورف فيه على ضرب الأجل .. فلا يتحول الى السلم بوجود الأجل .

ثانيا : أن الاستصناع اذا أريد : فانه يحمل على حقيقته (١٠٩) .. فان تلفظ بالعقد على أن المتعاقدان يتعاقدان علىالاستصناع فيحافظ على مقتضاه .. واذا كان كذلك فالأجل يحمل على الاستعجال .. لاالاستمهال.. وبهذا استطاع الصاحبان أن يخلصا من الوقوع فى الخلاف مع أبى حنيفة فى هذا الدليل

* تأييد رأى أبى حنيفة :

قال بعض الفقهاء (١١٠) أننا لا نسلم ان اللفظ محكم فى الاستصناع فان ذكر الأجل ادخله فىحيز الاحتمال .. واذاكان محتملا للأمرين كان حملهعلى السلم أولى . لأن جواز السلم بالاجماع بلا شبهة فيه .. وفى تعاملهم فى الاستصناع نوع شبهة « اى فى فعل الصحابة للتعامل فى الاستصناع شبهة » .. ولأن السلم ثابت بآية المداينة (١١١) والسنة (١١٢) .. دون الاستصناع . .

ثالثا : ومااستدل به الصاحبان على رأيهما القائل : أن ضرب الأجل فى الاستصناع لايحوله الى سلم .. انه قد يقصد بضرب الأجل (١٠٣) . تأخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل .

---

(١٠٨) البدائع ٢٦٧٩/٦ .

(١٠٩) الدرر الحكام شرح غرر الأحكام ١٩٨/٢ ، ابن عابدين فى الحاشية ٢٢٣/٥

(١١٠) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ ، ٣٥٧ ، حاشية.ابن عابدين ٢٢٤/٥

(١١١) يقصد بقوله تعالى : (ياأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) الآية .

(١١٢) يقصد به : ماروى عن ابن عباس فى الحديث المشهور عن السلف وغيره .

(١١٣) البدائع ٢٦٧٩/٦ وما بعدها .

واذا كان ضرب الأجل محتملا لهذين الأمرين وحمله على أحدهما دون الآخر لابد من مرجح فسقط اعتبار ان الأجل أجل سلم فلا يخرج ضرب الأجل العقد عن موضوعه (وهو الاستصناع) مع الشك والاحتمال بخلاف مالو كان العقد فى شىء لايحتمل الاستصناع . لأن مالايحتمل الاستصناع لايقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل .

فتعين أن يكون ضرب الأجل بتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم فلا يقاس الاستصناع فى شىء يحتمل الاستصناع على مالايصح فيه الاستصناع فى أن ضرب الأجل يحوله الى سلم مثله . وذلك للفارق المذكور .

توجيه لرأى الصاحبين :

قال السرخسى (١١٤) : لو كان الاستصناع بذكر الأجل فيه يصير سلما لصار السلم بحذف الأجل منه استصناعا ولو كان هذا (الاستصناع) سلما لكان سلما فاسدا لأنه يشترط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم .

مناقشة : جاء فى المبسوط أيضا مناقشة لهذا الدليل مفادها (١١٥) : أن ماقال به الصاحبان من أن السلم بحذف الأجل لايصير استصناعا .. يشكل بالمتعة فانه لايصير نكاحا بحذف المدة عنه .. وهذا قياس على المتعة أريد به تفنيد رأى الصاحبين وزاد عليه السرخسى بقوله (١١٦) : ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة .. وكأنه يقول فان الاستصناع بذكر الأجل يصير سلما عند أبى حنيفة كما فى النكاح عندما تذكر المدة فيه يصير متعة ومثل له السرخسى بمن تزوج أمرأة شهرا (١١٧) .. والشهر فما فوق عند الحنفية يعتبر أجلا .. فعلى هذا جىء بالمثل على نفس واقع الأمر فكانت هذه المناقشة جديرة بالاهتمام .

رأينـا :

ظهر من خلال النظر فى رأى أبى حنيفة والصاحبين أن رأى الصاحبين

---

(١١٤) المبسوط ١٢/١٣٩ .

(١١٥) نفس المصدر السابق .

(١١٦) نفس المصدر السابق ١٢/١٤٠ .

(١١٧) نفس المصدر السابق .

هو الراجح عندى لقوة أدلتهما أولا ولأن التأجيل اذا دخل العقد لايحوله الى الالزام فانه لايضر فيكون بعيدا عن السلم من هذه الوجهة .

راى آخر :

هناك راى آخر حول ضرب الأجل فى الاستصناع فقد نقل لنا راى الهندوانى (١١٨) .. اذ يقول : ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولايصير به سلما (١١٩) .

ملخص مسائل التعامل والأجل السابقة الذكر :

يحسن بنا اتماما للبحث فى هذا الموضوع الهام فى نظرى ، والذى ان كنا قد أصبنا فيه وجه الحقيقة بتوفيق من الله .. أن نذكر تلخيصا لشارح المجلة العدلية (١٢٠) اسجله **فيمايلى :**

١ ــ اذا لم تبين المدة فى الأشياء التى جرى التعامل باستصناعها .. فالعقد عقد استصناع بالاجماع .

٢ ــ اذا كانت المدة المبينة أقل من شهر اى لم تبلغ المدة التى يصح بها السلم والأشياء مما جرى التعامل به على الاستصناع فهو كذلك عقد استصناع بالاجماع .

٣ ــ اذا كانت المدة المبينة فى الأشياء التى تستصنع عادة شهرا أو اكثر من شهر فهو عقد استصناع عند الصاحبين . وعقد سلم عند أبى حنيفة .

٤ ــ اذا كانت المدة لأقل من شهر أى للأجل الذى يصح به السلم ، والأشياء مما لم تستصنع عادة فهو سلم بالاجماع .

٥ ــ اذا لم تبين المدة فى الأشياء التى لم يجر التعامل بها على وجه الاستصناع فظاهر المجلة أنه عقد استصناع . والحق أنه عقد فاسد كما صرحت به الكتب الفقهية .

---

(١١٨) نفس المصدر السابق .

(١١٩) اورد داود الخطيب فى الفتاوى الغياثية ص ١٥١ نقلا عن الفقيه ابى جعفر هذا الراى وقال : وهذا كله على قول ابى حنيفة . انظر المبسوط ١٤٠/١٢ .

(١٢٠) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٥٨/١ .

❋ **تنبيــه :**

هناك شرطان وضعتهما المجلة العدلية (١٢١) للاستصناع هما :

الأول : أن تكون المــادة من الصانع ..

الثانى : أن يكون العمل من الصانع ..

❋ فهذان الشرطان يذكران عند فقهاء الحنفية ضمن الكلام عن صورة الاستصناع (١٢٢) ، ولعدم وجود تفصيل لهذين الشرطين أردت التنــويه عليهما ليكونا محل نظر اذ أن هذين الأمرين **هما** : النقطة التى يفترق بهـــا الاستصناع عن الاجارة على الصنع والبيع المطلق .



---

(١٢١) ن٠م٠

(١٢٢) أنظر فتح القدير ٥/٣٥٤ ، البدائع ٦/٢٦٧٧ .

* **المبحث الثالث :**

* **شروط الاستصناع فى النظام الوضعى :**

تمهيد :

لمـــا كان الاستصناع يدخل ضمن المقاولة فى النظام الوضعى فسأتكلم عن شروط المقاولة الخاصة بها فى هذا المبحث .

عند كلامنا عن مقومات عقد المقاولة سابقا قلنا بأن أركانها **ثلاث** :

* **التراضى** . * **المحل** . * **السبب** .

وهنا سنعطى فكرة موجزة عن شروط هذه الأركان . وقلنا بأن السبب محل البحث فيه ليس :

١ ــ **شروط التراضى** : أن شروط التراضى فى عقد المقاولة **على نوعين (١٢٣)**:
أولا : شروط الانعقاد فى التراضى **ثانيا** : شروط الصحة فى التراضى.
واليك بيان هذين الشرطين موجزا .

أولا : شروط الانعقاد فى التراضى : وتكون على الوجه التالى :

توافق الايجاب والقبول ،. فيجب لانعقاد المقاولة أن يتطابق الايجاب والقبول على عناصرها .. فيتم التراضى بين رب العمــل والمقاول على ماهية العقد والعمل الذى يؤديه المقــاول لرب العمــل .. والأجر الذى يتقاضاه .

* **التصميم والمقايسة ودفتر الشروط** : ويكون عقد المقاولة مصـــحوبا بالتصميم الذى يجرى على مقتضاه العمل ، **المقايسة** : وهى بيان للأعمال والمــواد المســتعملة والأجــرة .... الخ . **ودفتر الشروط** : أى شروط المقاولة بالتفصيل .

ثانيا : شروط الصحة فى التراضى : وتكون على الوجه التالى :

الأهلية والسلامة من عيوب الارادة : فيجب فى المقاولة مايجب فى كل عقد من توافر الأهلية الواجبة وسلامة التراضى من عيوب الارادة .. فان

(١٢٣) الوسيط ٣٧/٧ .

كان الترافى صادرا من ناقص الأهليــة أو كان معيبــا بعيب من عيوب الارادة كانت المقاولة قابلة للابطال .

٢ ــ شروط المحل :

المحــل فى عقد المقاولــة مزدوج ويمكن القول من انه **على نوعين** « الأجر ، العمل » . لذا .. يجب بيان مايلى :ــ

اولا : الشروط الواجب توافرها فى العمل : وهى طبقا للقواعــد العامة تكون على الوجة الآتى :ــ

١ ــ أن يكون العمل ممكنا .

٢ ــ أن يكون العمل معينا . أو قابلا للتعيين .

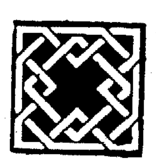
٣ ــ أن يكون العمل مشروعا .

ثانيا : الشروط الواجب توفرها فى الأجر : وهى طبقا للقواعد العامة أيضا تكون على الوجه الآتى :ــ

جاء فى مصادر الحق (١٢٤) .. أن الايجاب والقبول يفرضــان بداهة وجود المحل وأما السبب فانه يمكن القول بخصوصه بأن الفقه الاسلامى يعرف فى بعض مذاهبه نظرية السبب .

ثم ان شرائط الانعقاد العامة فى العقد موافقة القبول للايجــاب ، واتحاد المجلس .. وفى العاقد : العقل والتعدد ، وفى المعقود عليه : ان يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين وصالحا للتعامل .

فالأركان والشرائط فى الفقهين واحدة مع اختلاف يسير فى التعبير .



---

(١٢٤) مصادر الحق للسنهورى ٢٦٢/٤ ، ٢٦٣ .

الباب الخامس
عقد الاستصناع بين اللزوم وعدمه

* * *

الفصل الأول : مكانة عقد الاستصناع من العقود المسماة .

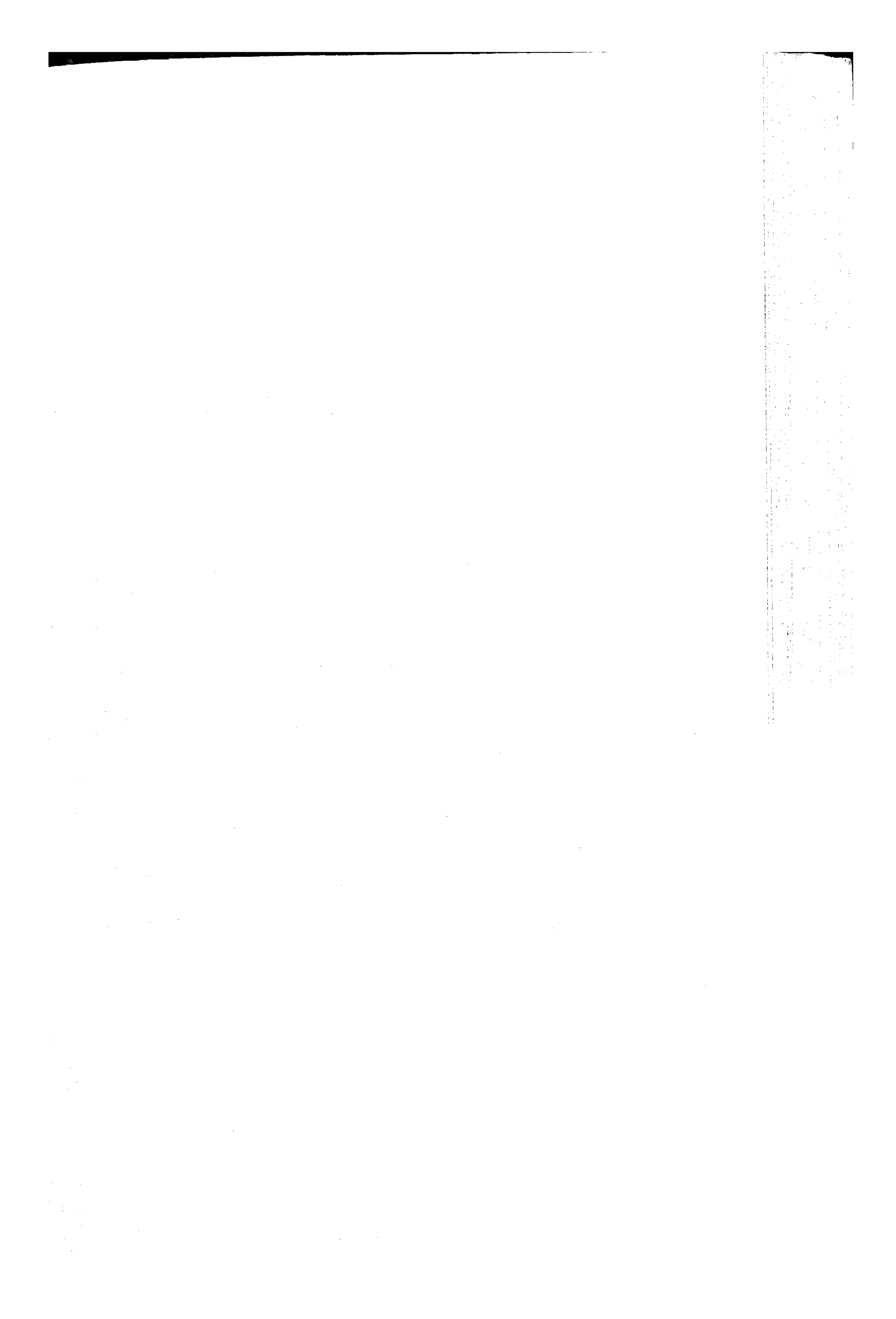
الفصل الثانى : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه .
عند أصحاب الاتجاه الأول ، ومنزلة الاستصناع منها .

الفصل الثالث : المراحل التى يمر بها الاستصناع وحكم كل مرحلة
من جهة اللزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول .

الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته .

الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع .

الفصل السادس : لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه فى النظام الوضعى



* **الفصل الأول** : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة :

تمهيد : عقد الاستصناع من العقود المسماة التى اعتبرها فقهاء الحنفية من أنواع البيع ولكنها تختلف عنه .. فالبيع عندهم عقد لازم ، اما الاستصناع فلم يكن هكذا عقدا لازما على اطلاقه ، أو على الأقل لم يسلم من اختلاف فقهاء الحنفية أنفسهم حوله وما قيل بأنه عقد غير لازم (١) مطلقا غير صحيح .. لذا سنتكلم فى هذا البحث فى صفته هل هو لازم أم لا ؟

وقبل الخوض فى هذا البحث يحسن الكلام عما يلى :ـ

١ ـ مفهوم اللزوم فى اللغة وفى الاصطلاح .

٢ ـ موقف القانون الوضعى من اللزوم والالتزام .

* واليك بيان هذين الأمرين :ـ

١ ـ مفهوم اللزوم فى اللغة والاصطلاح :

١ ـ اللزوم فى اللغة : جاء فى المصباح المنير (٢) : لزم الشىء لزوما ثبت ودام . ويتعدى بالهمزة فيقال الزمته : اى اثبته وادمته .. ولزمه المال : وجب عليه . ولزمه الطلاق : وجب حكمه وهو قطع الزوجية .. والزمته المال والعمل وغيره فالتزمه .

ب ـ اللزوم فى اصطلاح الفقهاء : عرفنا بأن اللزوم مادته لزم ، ويتعدى بالهمزة فيكون الزاما .. الا أن الفقهاء يفرقون بين الالزام الذى هو بمعنى الثبوت والوجوب .. .... والالتزام : الذى هو بمعنى ارادة شغل الذمة بشىء اختيارا وفق ارادته ..

ويظهر هذا عند تعرض الفقهاء لتعريف الذمة والتفرقة بينها وبين الأهلية . ففى الأشباه والنظائر (٣) : أن الذمة أمر شرعى مقدر فى المحل يقبل الالزام والالتزام .

---

(١) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

(٢) المصباح المنير : لاحمد المقرى الفيومى ٢١٥/٢ .

(٣) حاشية الحموى على الاشباه والنظائر لابن نجيم ٢١١/٢ سنة الطبع ١٢٩٠ هـ .

وفى قواعد الأحكام لابن عبد السلام(٤) : ان الذمم هى تقدير الانسان يصلح للالتزام والالزام من غير تحقق له .

وفى كشاف القناع (٥) : الذمة وصف يصير المكلف اهلا للالزام والالتزام .

وفى الفروق للقرافى (٦) : العبارة الكاشفة عن الذمة انها معنى شرعى مقدر فى المكلف ، قابل للالتزام واللزوم .. وهذا المعنى جعله الشرع سببا على اشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد .. فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب المشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل الزامه ارش الجنايات، وأجر الاجارات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات .. ويقبل التزامه اذا التزم اشياء اختيارا من قبل نفسه لزمه .

*** خلاصة ما تقدم :**

اللزوم أمر يقرره المشرع اذا توفرت شروط معينة فى التصرف وهو بذلك يختلف عن الالتزام : فهذا الأخير يقرره الشخص باختياره ابتداء وأثره المباشر شغل ذمته بأمر (٧) .

٢ — موقف القانون الوضعى من اللزوم والالتزام :

الالزام فى النظام الوضعى : هو (٨) التعبير الذى يجمع سائر مايلزم الشارع به الانسان ويندرج تحت ذلك ما ينشأ عن النظام والعمل المشروع ، والعمل غير المشروع من الزامات .. وليس الضمان الاصورة من صور الالزام .

أما تعبير الالتزام : فهو التعبير الذى يجمع ما يوجبه الشخص على نفسه باختياره من الأمور الجائزة نظاما .. فمن يشترى يلتزم بالوفاء بثمنه وهذا أمر يتم بارادته .. لكن من يصدم شخصا بعربته يلتزم بتعويضه كما يدعى الفقه الغربى وانما هو « يلزم » بالتعويض .. لأن الالتزام ينشأ بالارادة ، والالتزام ينشأ جبرا عن الارادة من السلطة الحاكمة .

---

(٤) قواعد الاحكام لابن عبد السلام ١٠٩/٢

(٥) كشاف القناع للبهوتى ١١٧/٢ . سنة الطبع ١٣٥٩ هـ

(٦) الفروق للقرافى ٣/فرق ١٨٣ (ص ٢٣١)

(٧) نظرية الالتزام للعطار ص ١٨

(٨) نفس المصدر السابق .

* الفصل الثانى : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمة :

تمهيد :

قبل الدخول فى معرفة ما اذا كان الاستصناع عقدا لازما أو غير لازم لابد من بيان أقسام العقود فى الشريعة الاسلامية من حيث اللزوم وعدمه.

* اقسام العقود : تقسم العقود الى أربعة أقسام بالنسبة الى اللزوم وعدمه : وهى :

١ ــ العقود اللازمة بحق الطرفين والتى لاتقبل الفسخ بطريق الاقالة ..

ومثال ذلك : عقد الزواج .. فانه لا يرتفع بالتقابل أى « انه لايقبل **الالغاء الاتفاقى ولكنه يقبل الانهاء بطرق شرعية مخصوصة كالتطليق** والخلع وما الى ذلك .

٢ ــ العقود اللازمة بحق الطرفين .. والتى تقبل الفسخ والالغاء بطريق الاقالة أى « باتفاق المتعاقدين كالبيع والصلح » .

٣ ــ العقود اللازمة بحق أحد الطرفين فقط : كالرهن والكفالة .. فانهما لازمان بالنسبة الى الراهن والكفيل .. وغير لازمة بالنسبة الى الى الدائن المرتهن والمكفول له .. لأنهما لمصلحته الشخصية توثيقا لحقه .. فله حق التخلى عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة .

٤ ــ عقود غير لازمة : قام الزرقا (١) بدراسة أنواع هذه العقود فقال عنها مجملا . بأن عدم اللزوم ولو فى بعض الأحوال صفة ثابتة لها. وهى تسعة عقود نقسمها الى ثلاثة أنواع بحسب كون عدم اللزوم فيها مطلقا أو مقيدا .. وكونه أصيلا أو استثنائيا وهذه الأنواع **هى** :

* **النوع الأول** : عقود غير لازمة فى حق كلا الطرفين وهى ثلاثة : الاعارة ، والشركة ، والمضاربة .

فالمضاربة مثلا يحق فيها الفسخ والتصفية لكل من الشريكين الحق فى ذلك متى شاء على أن يعلم الشريك الآخر .. فلا يسرى حكم الفسخ الا من تاريخ علمه .

(١) المدخل الفقهى للزرقا ٤٤٨/١

* **النوع الثانى :** عقود الأصل فيها عدم اللزوم .. ولكنها تلزم فى بعض الأحوال وجملة عقود هذا النوع اربعة : « **الوكالة** ، التحكيم ، الوصية ، الهبة » ..

ويقال عن التحكيم : هو ان يحتكم طرفان مختصمان الى شخص يختارانه برضاهما ليكون حاكما بينهما فى دعواهما بدلا من القاضى فكل واحد من الطرفين له أن يفسخ عقد التحكيم،ويعزل المحكم قبل ان يحكم.. أما بعد صدور الحكم منه فلا .. بل يصبح التحكيم لازما .

* **النوع الثالث :** عقود الأصل فيها اللزوم ولكن فى طبيعتها شيئا من عدم اللزوم فى ظروف محدودة .. وهذا النوع عكس النوع الثانى ، وجملة عقوده اثنان : هما : الاجارة ، والمزارعة (٢) ..

والمزارعة نوع شركة على استثمار الأرض بالزرع .. تكون فيها الأرض من طرف والعمل من طرف آخر .. فيجوز للطرف الذى عليه تقديم البذر ان يعدل عن المزارعة ويفسخ عقدها .. ولكن ذلك قبل القاء البذر فى الأرض .. اما بعد القاء البذر فى الأرض .. فان المزارعة تصبح لازمة حتى فى حق صاحب البذر (٣) .

موقف عقد الاستصناع من هذه الأنواع :

اما عقد الاستصناع فقد وضعه الزرقا (٤) فى مكان مستقل عن العقود غير اللازمة .. فقال عنه : وهناك عقد عاشر نفرده بالذكر فى هذه المناسبة كان يعتبر فى أصل المذهب الحنفى غير لازم ، فأصبح لدينا بمقتضى نصوص المجلة لازما (٥) .

فالاستصناع وهو « شراء ماسيصنع بطريق التوصية » يجوز فيه لكل من الطرفين فسخه فى اصل المذهب بلا خلاف مادام الشىء لم يصنع .. اما بعد صنعه واحضاره فيكون للمستصنع حق فى الفسخ من قبيل خيار الرؤية على الراى الراجح .

---

(٢) المدخل للزرقا ٤٥٣/١ .

(٣) نفس المصدر السابق ١ ص ٤٥٥

(٤) نفس المصدر السابق ٤٥٦/١ ومابعدها .

(٥) يقصد بذلك ماجاء فى لائحة الاسباب الموجبة .. من مقدمة المجلة العدلية .. انظر المجلة العدلية فى مقدمتها الهمايونية . ويقصد أيضا ان العمل فى سوريا كان قائما على اعتبار عقد الاستصناع عقدا لازما .

الا ان المجلة .. فى المـــادة / ٣٩٢ أخذت بلزوم العقد فى حق الطرفين منذ انعقاده .. الا اذا جاء المصنوع مغايرا للأوصاف المعينة فى العقـــد وعندئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار فوات الوصف المشروط لابمقتضى عدم اللزوم فى عقد الاستصناع .

بعد هذا البيان لمعنى اللزوم والالتزام واقسام العقـــود بالنسبة الى اللزوم وعدمه .. أرى ولكى نرجع عقـــد الاستصناع الى أحـــد هذين النوعين .. ان نلقى نظرة على المراحل التى يمر بها عقد الاستصناع ومن خلالها نقرأ ماكتبه فقهاء الحنفية عن موقفهم من لزوم هذا العقـــد أو عدم لزومه فى كل مرحلة من مراحله .. وهل هو عقـــد لازم فى كل مراحـــله ام اللزوم فى مرحلة دون أخرى..ومن ثم وللصلة القوية بين هذا الموضوع.. وموضوع الآثار المترتبة على عقد الاستصناع .. سنتكلم عن مدى آثار عقد الاستصناع .

* * *

* الفصل الثالث : المراحل التى يمر بها الاستصناع ، وحكم كل مرحلة منها من جهة اللزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول :

تمهيـــــد :

يمر الاستصناع بمراحل ثلاث تقريبا حتى يكتمل وسى **مايلى :**

أولا : مرحلة ماقبل الصنع .

ثانيا : مرحلة مابعد الصنع وقبل الرؤية للمصنوع من المستصنع .

ثالثا : مرحلة مابعد الصنع وبعد الرؤية للمصنوع .

ولكل تفصيل فيها سنورده فى المباحث **التالية :**

* المبحث الأول : مرحلة ماقبل الصنع :

ان هذه المرحلة تكون بعد التعاقد .. ولما كان الاستصناع غير جائز قياسا لذا .. فالحنفية يرون أنه عقد جائز غير لازم لكلا الطرفين .. فعندهم يحق للطرفين عدم المضى فى العقد .

راى المجلة فى هـــذه المرحلة : جاء فى المجلة العدلية (١) .. ان الاستصناع لازم لكلا الطرفين بعد انعقاد العقد وقد نسبوا هذا الرأى لأبى يوسف .. ولكنى لم اعثر على هذا الراى لأبى يوسف فيما لدى من مراجع ..

جاء فى التحفة (٢) : لكل واحد منهما الخيار فى الامتناع قبل العمل . وجاء فى البدائع ايضا (٣) فى معرض الكلام عن **صفة الاستصناع :** اما صفة الاستصناع فهى انه عقد غير لازم قبل العمل فى الجانبين جميعا بلا خلاف.

سبب كونه غير لازم : بعد أن عرفنا انه غير لازم بالنسبة للطرفين فى المرحلة الأولى لابد من معرفة أسباب عدم اللزوم فى هذه المرحلة :

قال فقهاء الحنفية : أن القياس يأبى الاستصناع ، ومادام كذلك فان فى الزام الطرفين بذلك يعنى ان يكون هناك دليل قوى يثبت اللزوم هذا ،

---

(١) المادة /٣٩٢
(٢) ٥٣٩/٢
(٣) ٢٦٧٩/٦ ومابعدها .

ويترتب عليه آثار عديدة .. لكن الاستصناع جاء على خلاف القياس .. فيجب أن يراعى فيه ماهو موجود .. لهذا قلنا بعـدم اللزوم مراعاة لمـا يقتضى به القياس من عدم جوازه .

جاء فى البدائع (٤) ـ وعند الكلام عن سبب عدم اللزوم قبل الصنع : أن القياس يقتضى أن لايجوز .. وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل الناس فبقى اللزوم على أصل القياس .

ثم قاس الكاسانى مسألة عد ماللزوم واثبات الخيار للصانع .. بأنه يحق للطرفين الامتناع قبل العمل عن العمل على البيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين فقال(٥) : حتى كان لكل واحد منها خيار الامتناع قبل العمل.. كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين .. وأن لكل واحد منهما الفسخ .

أما الموسوعة الفقهية (٦) فعللت ذلك بقولها : لأن الزام الصانع بالمضى ضرر له من ناحية انه اتلاف لماله فى عمل المطلوب وقد لايرضى المستصنع فكان له أن يفسخ ولايمضىّ .. وأما المستصنع فلأنه قد اشترى مالم يره .. فكان له الخيار فى الفسخ قبل الرؤية .

رأى آخر : هناك رأى يرى أن اللزوم ثابت فى الاستصناع فى هـذه المرحلة فهى مع باقى المراحل فى اللزوم : جاء فى المـادة (٣٩٢) من المجلة العدلية قولها : اذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه .. واذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا .

فجعل اللزوم يبدأ منذ التعاقد وحتى نهايته . مع فارق واحد وهـو أن يكون اللزوم منتفيا حين الاخلال بالمواصفات ، وعدم اللزوم هذا خاص بالمستصنع فيحق له الفسخ لهذا السبب..فالصانع على رأى المجلة (٧).. مجبر على العمل للشيء المطلوب صنعه ولايحق له الرجوع عن ذلك .

ودليلهم (٨) : أن الاستصناع بيع والبيع عقد لازم لايرد عليه الخيار .. والصانع يعتبر بائعا ، والبائع لاخيار له .

---

(٤) ٢٦٧٩/٦ ومابعدها .
(٥) نفس المصدر السابق .
(٦) ٩٣/٧
(٧) درر الحكام لعلى حيدر . شرح المـادة / ٣٩٢
(٨) نفس المصدر السابق .

اما المستصنع .. فعند المجلة ملزم بالقبول اذا كان موافقا للأوصاف التى بينها الصانع منذ بدء التعاقد ..

وحجتهم فى ذلك .. أنه لو جعل له الخيار للحق البائع أضرار ولأنه قد لايرغب فى المصنوع احد غير المستصنع .

المبحث الثاني: مرحله مابعد الصنع وعدم رؤيه المستصنع للمصنوع

وهذه المرحلة تعتبر مرحلة وسط اذ تم الصنع للمادة المطلوبة بها . لكن المستصنع لم يرها بعد .. فهل العقد لازم بحق الطرفين ؟ أم بحق احدهما ؟ أم غير ذلك ؟ .

قال صاحب التحفة عند الكلام عن هذه المرحلة (٩) : بعد الفراغ من العمل فللصانع وللمستصنع الخيار .. وقد أشار صاحب التحفة الى قضية واضحة الظهور عند فقهاء الحنفية وهى أن الطرفين لم يلزما بالعقد .. لأنه قد أعطى للصانع الحق فى أن يصنعها ويبيعها الى من يريدها .. فهذا الحق يفقد فيما لو أصبح العقد لازما . وكذلك يحق للصانع ان يأتى بالمطلوب من صانع آخر أو من مصنع أو محل آخر اذا كانت على الأوصاف المطلوبة .. وهذا يعنى أن المصنوع لم يكن معينا .. انما وقع على مبيع فى الذمة .. كما يقول محمد صاحب أبى حنيفة فى تعليل عدم اللزوم عنده .

قال صاحب التحفة (١٠) ، **وفتح القدير** (١١) : حتى أن الصانع لو باعه قبل أن يراه المستصنع جاز لأنه ليس بعقد لازم .. وأيد هذا الكاسانى بقوله (١٢) : وامابعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع أن يبيعه ممن يشاء .. كذا ذكر فى الأصل .

اما علته عند الكاسانى فهى : لأن العقد ماوقع على عين المعمول .. بل على مثله فى الذمة .. لأنه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز .

---

(٩) ٥٣٩/٢ .

(١٠) تحفة الفقهاء ٣٠٥/٢ .

(١١) فتح القدير ٣٥٧/٥ .

(١٢) انظر البدائع ٢٦٧٩/٦ .

المبحث الثالث: مرحلة ما بعد الصنع ورؤيه المستصنع لها.

هذه المرحلة هى آخر مرحلة يصل اليها المتعاقدان فى الاستصناع .. وهى التى يتم فيها صنع المستصنع ويراه المستصنع فاما أن يكون وفق المواصفات واما أن يكون مخالفا لها .. والكلام فى هذه المرحلة **نو شقين :**

* **الأول :** عند عدم مطابقة المصنوع للشروط والمواصفات المطلوبة .

* **الثانى :** عند المطابقة للشروط والمواصفات المطلوبة .

* **وفيما يلى التفصيل :**

الأول : عند عدم المطابقة للمطلوب صنعه :

اذا قدم الصانع المستصنع فيه ورآه المستصنع .. لكن وجده غير مطابق لما تعاقد عليه مع الصانع فالمستصنع غير ملزم بالاستلام ولايدفع الثمن ان لم يكن قد دفع مسبقا .. لأن مدار العقد هو دفع الحاجة .. والحاجة للمواصفات المطلوبة بالمصنوع هى المهمة .. فان فان عدمت الحاجة .. ونحن نعرف أن هذا انما يكون على وفق ماتفقا عليه فيمكن ان يتراجع المستصنع مثلا عن بعض المواصفات الناقصة او يدفع الصانع بعض الثمن عن المخالفة .. او ينقص من الثمن .. وهذه الاحتمالات هى غير محل بحثنا .. لأنها واردة ، ويمكن أن يعملها المتعاقدان بشرط عدم مخالفة الشرع فى أى منها .

لهذا .. جاءت المادة (٣٩٢) من المجلة العدلية بما نصه : « اذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة .. كان المستصنع مخيرا . .. وقيل فى هذه المادة بأنه(١٣) اذا كان المصنوع غير موافق للأوصاف المطلوبة .. وكان النقص الموجود فيه من قبيل العيب ، فللمستصنع خيار العيب .. وان كان من قبيل الوصف ، فله خيار الوصف .. ان شاء قبله ، وان شاء رده ، ومتى قبله بعد رؤيته فليس له رده .

وسأوضح فيما بعد — ان شاء الله — مبدا خيار الرؤية والمدة المطلوبة فيه ومتى يسقط وبنفس الوقت اتكلم عن خيار العيب .

---

(١٣) درر الحكام . شرح المادة / ٣٩٢

الثانى : أما الشق الثانى الذى أشرنا للقسم الأول منه فهو أن يسلم الصانع المستصنع فيه مطابقا للأوصاف المطلوبة ويراه المستصنع .. وفى هذا اختلف فقهاء الحنفية فى كون العقد ملزما أم غير ملزم على التفصيل التالى :ـ

١ ـ بالنسبة للصانع :

الزم جمهور فقهاء الحنفية الصانع بالتسليم بعد العمل وهو الأصح عندهم وقيل أن هذا هو جواب ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، وأبى يوسف .

* جاء فى فتح القدير (١٤) : أما بعد ما رآه « المستصنع » .. فالأصح انه لاخيار للصانع .. بل اذا قبله المستصنع اجبر على دفعه لأنه بالآخرة بائع ..

* وفى البدائع (١٥) : أما اذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع .. وعلل الكاسانى سقوط الخيار عن الصانع ولزوم العقد بحقة : بأن الصانع بائع مالم يره .. فلا خيار له .

* أما صاحب العناية : فقد علله بقوله (١٦) : ومن هو كذلك لاخيار له بناء على جعله بيعا لاعدة .. فالصانع بالاحضار أسقط خيار نفسه .. والدليل فى ذلك .. القياس ، فقد شبه عقد الاستصناع بعقد البيع المطلق الذى شرط فيه الخيار للعاقدين بجامع أن كليهما ثبت فيهما الخيار فالبيع الذى شرط فيه الخيار للمتعاقدين عند الحنفية اذا اسقط أحدهما خياره لا يسقط عن الثانى ويكون لازما .. بل يبقى خيار الثانى حتى يسقطه بنفسه .. لهذا قال الكاسانى أن الابستصناع « كالبيع » الذى فيه شرط الخيار للمتعاقدين اذا اسقط أحدهما خياره يبقى خيار الآخر (١٧) ..

ونسب الكاسانى هذا القول الى انه جواب ظاهر الرواية عن أبى حنيفة، وأبى يوسف

---

(١٤) ٣٥٧/٥
(١٥) ٢٦٧٩/٦
(١٦) العناية مع فتح التدير ٣٥٧/٥
(١٧) البدائع ٢٦٧٩/٦

رواية اخرى عن أبى حنيفة :

أوردت كتب الفقه الحنفى رواية أخرى عن أبى حنيفة فى هذه المسألة تقول هذه الرواية ان الصانع فى عقد الاستصناع له الخيار كالمستصنع.. ووجه هذه الرواية على أن التخيير لهما فيه دفع الضرر عنهما وهو واجب.

جاء فى البدائع (١٨) : ولأبى حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار «أى الصانع والمستصنع » .. ووجه رواية أبى حنيفة : أن فى تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وانه واجب .

وجاء فى فتاوى الغياثية (١٩) : قال الخطيب : أن الروايات مختلفه فى لزومه وعدمه .. والمختار ماروى أبو يوسف عن أبى حنيفة : انه ليس بلازم من الجانبين حتى لايجبر الصانع على العمل .. ولاالمستصنع على قبوله اذا اتى به الصانع .. بل يخير كل واحد منهما ..

وفى العناية (٢٠) : وعن أبى حنيفة : أن له الخيار أيضا « للصانع » ان شاء فعل ، وان شاء ترك دفعا للضرر عنه .. لأنه لايمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط .

* الرواية الثانية عن أبى يوسف :

فى هذه المسألة أيضا جاءت رواية ثانية لأبى يوسف **مفادها :** أن كلا من الطرفين « الصانع والمستصنع » ملزم بالعقد ولاخيار له . وقد وجهت هذه الرواية على أن الصانع قد افسد متاعه ، وجاء بالمطلوب فلو لم يلزم المستصنع لأصاب الصانع ضرر .

جاء فى البدائع (٢١) : روى عن أبى يوسف : أنه لاخيار للصانع والمستصنع جميعا **« أى انه يلزمهما العقد »** .

وجه رواية أبى يوسف : قال الكاسانى (٢٢) : أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة..فلو كان للمستصنع الامتناع عن اخذه لكان فيه اضرار بالصانع بخلاف ماذا قطع الجلد ولم

---

(١٨) نفس المصدر السابق .
(١٩) الفتاوى الغياثية ص ١٥١ .
(٢٠) العناية مع فتح التدير ٣٥٥/٥ .
(٢١) البدائع ٢٦٨٠/٦ ومابعدها .
(٢٢) نفس المصدر السابق .

يعمل .. **فقال المستصنع** : لاأريد ! لأنا لاندرى أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا ؟ . فلم يكن الامتناع منه اضرار بصاحبه فثبت الخيار ..

أما صاحب العناية : فقد زاد على ذلك توضيحا لرأى أبى يوسف السابق فقال (٢٣) : أن فى اثبات الخيار للمستصنع اضرار للصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله .

* الرأى المختار عند الكاسانى :

أيد الكاسانى ماجاء فى جواب ظاهر الرواية القائل بأن العقد لازم بحق الصانع فقط .. وعلل هذا الترجيح بأن الاستصناع انما شرع لدفع حاجة المستصنع فعند عدم الزام الصانع لاتندفع هذه الحاجة .

جاء فى البدائع (٢٤) : الصحيح جواب ظاهر الرواية لأن فى اثبات الخيار للصانع (أى عدم الزامه) . ماشرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لأنه متى ثبت الخيار للصانع .. فكل مافرغ عنه يبيعه من غير المستصنع .. فلا تندفع حاجة المستصنع .

* مناقشة الكاسانى لرأى أبى يوسف فى الرواية الثانية :

ناقش الكاسانى رأى أبى يوسف القائل : بأن عقد الاستصناع عقد لازم لكلا الطرفين ...... لأن الصانع يتضرر باثبات الخيار للمستصنع أى عدم الزامه بالعقد .

قال الكاسانى (٢٥) : أن هذا الكلام مسلم .. لكن ضرر المستصنع بابطال الخيار فوق ضرر الصانع باثبات الخيار للمستصنع .. لأن المصنوع لم يلائمه وطولب بثمنه لايمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله .. ولايتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك .. ولأن المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ماشرع له الاستصناع .. وهو اندفاع حاجة المستصنع .. فلابد من اثبات الخيار للمستصنع .

---

(٢٣) العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .
(٢٤) البدائع ٢٦٧٧/٦ وما بعدها .
(٢٥) البدائع ٢٦٨٠/٦ .

٢ ـ **بالنسبة للمستصنع :**

أما المستصنع فنريد هنا بيان حكم التعامل الذى يقوم به بعد أن رأى المستصنع فيه .... وفق المواصفات المطلوبة .. فهل العقد لازم بحقه أم لا ؟

اختلف فقهاء الحنفية فى هذه المسألة بين **فريقين :**

* **الأول :** يرى أن المستصنع ملزم بالقبول اذا رآه وفق المواصفات المطلوبة .
* **الثانى :** يرى أن المستصنع غير ملزم وله الخيار .. ولو كان وفق المواصفات المطلوبة .. ولكل رأيه وحجته .. **واليك التفصيل :**

الأول : ذكر صاحب التحفة (٢٦) هذه المرحلة شارحا موقف المستصنع منها بقوله : فيما اذا رآه المستصنع .. فلا خيار له .. وذلك لأنه بيع فى الذمة بمنزلة السلم ... ونسب صاحب التحفة هذا الرأى لأبى يوسف .

* **وجاء فى الهداية** (٢٧) **فى معرض الكلام عن المستصنع :** وعن أبى يوسف أنه لاخيار لهما .

أما ابن الهمام : فقد قال (٢٨) : وأما المستصنع فلأن الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله .. فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع . **لان غيره لايشتريه بمثله. الاترى ان الواعظ اذا استصنع منبراً ولم يأخذه ... فالعامي لايشترية اصلاً .. فان قبل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبراً.**

وقد يرد اعتراض على هذا مثلما أورده **ابن الهمام :** وهو جواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول .. وهذا راجع لجهل الصانع .. أجاب ابن الهمام على مثل مالو اعترض بمثل هذا الاعتراض بقوله (٢٩) : أن الجهل لايصلح عذرا فى دار الاسلام فيقال : أن خيار المستصنع . اختيار بعض المتأخرين من اصحابنا . ولم يجب على كل واحد من المسلمين فى دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين .. وانما الجهل ليس بعذر بدار الاسلام فى الفرائض التى لابد لاقامة الدين فيها الا فى حيازة جميع المجتهدين وفيه نظر .. لأن غير الأب والجد اذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت .. فان لها خيار البلوغ ، فان سكتت لجهلها بأن لها الخيار ..

---

(٢٦) ٥٣٨/٢ .

(٢٧) الهداية مع فتح التدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٨) فتح التدير ٣٥٥/٥ . وما بعدها .

(٢٩) فتح التدير ٣٥٥/٥ .

بطل خيارها .. فان الجهل فى دار الاسلام ليس بعذر فى الفرائض التى لابد لاقامة الدين فيها .

قال السرخسى فى مبسوطه (٣٠) : اذا جاء الصانع بالمستصنع فيه كما وصفه المستصنع فلا خيار للمستصنع استحسانا .. رواية عن أبى يوسف .

علة هذا : علل الكاسانى هذا بقوله : وذلك لدفع الضرر عن الصانع فى افساد أديمه وآلاته فربما لايرغب غيره فى شرائه .. على تلك الصفة ، فلدفع الضرر عنه قلنا بأنه لايثبت له الخيار .. وفرق فى ظاهر الرواية بين هذا والسلم .

وأضاف قائلا بأنه : لافائدة فى اثبات الخيار فى السلم لأن المسلم فيه دين فى الذمة .. واذا رد المقبوض عاد دينا كما كان .. وهنا اثبات الخيار مقيد لأنه مبيع عين ، فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله .. ويوضح الفرق بين أعلام الدين بذكر الصفة اذ لايتصور فيه المعاينة .. فقام ذكر الوصف فى المسلم فيه مقام الرؤية فى بيع العين .. وأما أعلام العين : فتمامه بالرؤية ، والمستصنع فيه بيع عين .. فلهذا يثبت فيه خيار الرؤية ..

❊ **الثانى** : يرى الفريق الثانى القائل أن المستصنع غير ملزم وله الخيار ولو كان موافقا للمواصفات المطلوبة :

جاء فى التحفة (٣١) : اذا رآه المستصنع فله الخيار ان شاء أجاز وان شاء فسخ عند أبى حنيفة ومحمد .. وعلل ذلك بقوله : وهما يقولان أنه بمنزلة العين المبيع الغائب (٣٢) .

جاء فى الفتاوى السعدية (٣٣) : أن للمستصنع الخيار اذا رأى المصنوع لأنه اشترى مالم يره .

أما فى فتح القدير ، وعند كلام صاحب البداية عن المستصنع اذا رأى المستصنع فيه فقد قال : وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه ، وان شاء تركه .. وذلك كما يقول صاحب الهداية لأنه اشترى مالم يره (٣٤) .

---

(٣٠) ١٢/١٣٩ .
(٣١) تحفة الفقهاء ٢/٥٣٩ .
(٣٢) جاء فى تحفة الفقهاء فى الحاشية : وفى رواية : العين المبيع للغائب وهو الأصح
(٣٣) ٢/٥٧ .
(٣٤) ٥/٣٥٦ .

⁕ الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته :

هناك رأى أورده صاحب الدر المختار وعقب عليه ابن عابدين بأنه نفس رأى صاحب مختصر الوقاية من الكتب الحنفية .. **مفاده** : أن الصانع يجبر على الصنع أن تعاقد مع المستصنع على ذلك ويكون العقد بحقه لازما .. وكذلك المستصنع بنفس الحالة .

جاء فى حاشية ابن عابدين (١) نقلا عن صاحب الدر المختار : فيجبر الصانع على عمله .. ولا يرجع عنه الآمر « المستصنع » .

وجه هذا القول : أن هذا الاستصناع بيع لا عده ، ولو كان عده لما لزم (٢) . ولما كان عقد البيع عقدا لازما عند الحنفية فما يشبهه يكون لازما مثله .. وهو هنا الاستصناع .

اعتراض : واعترض ابن عابدين على هذا الرأى فقال (٣) : قوله : فيجبر الصانع على عمله .. تبع فى ذلك الدرر ومختصر الوقاية .. وهو مخالف لما ذكرنا آنفا عن عدة كتب « ويقصد بها البدائع ، فتح القدير بما فيه من كتب كالبداية والهداية والعناية » .. من انه لاجبر فيه .. أى « أن عقد الاستصناع لاالزام فيه للصانع ولا للمستصنع . واستشهد ابن عابدين على مخالفة الرأى القائل : بأن هذا العقد غير لازم .. بما ورد فى أمهات كتب الفقه الحنفى كالبدائع فقد ورد قولهم (٤) : أما صفة الاستصناع فهى أنه عقد غير لازم قبل العمل فى الجانبين جميعا بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين وأن لكل واحد منهما الفسخ .. لأن القياس يقتضى أن لايجوز الاستصناع لما عرفنا أن جوازه تم بالاستحسان بتعامل الناس فبقى اللزوم على أصل القياس .

---

(١) ٥/٢٢٤

(٢) نفس المصدر السابق .

(٣) نفس المصدر السابق .

(٤) البدائع ٦/٢٦٧٩

ونقلا عن التتار خانية : لايجبر المستصنع على اعطـــاء الدراهم .. وان شرط تعجيلة هـــذا اذا لم يضرب له أجـــلا .. فأن ضرب .. قال أبو حنيفة يصير سلما .. ولايبقى استصناعا حتى يشترط فيـــه شرائط السلم .

* * *

*** رأينـــــا :**

والذى يظهر لى مما تقدم .. أن العقد يصير لازما اذا ماأتى الصانع بما صنع موافقا للمواصفات المطلوبة .. وهو رأى لأبى يوسف فى روايته الثانية القائل بها : أن لكل من الطرفين الحق فى الزام صاحبه .. أو بعبارة أخرى أن العقد لازم بحقهما .. ولاخيار لهما لعدة أسباب : منها أن الصانع جاء بالمطلوب وكونه جاء بالمطلوب صنعه قد أوفى بسد حاجة المستصنع.. فاذا ماأعطينا المستصنع الخيار ولو كان الشىء وفق المطلوب ففيه توسيع دائرة الضرر .. حيث أن الصناعات تطورت الآن ، وتحتاج الى تعـــاون الصانع مع المستصنع فى سد الحاجات .. فاذا علم الصانع بأن المستصنع يتحلل من العقد ولو رآه وفق المواصفات .. فهذا يؤدى الى عدم التعاون فى سد الحاجـــات تلك .. وكذلك المستصنع ان لم يجـــد الصـــانع ملزم بالتسليم سيتضرر لسد حاجته .. وهذا غرر .. وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الغرر .

اما الرأى القائل بأن العقد لازم منذ بدايته وحتى نهايتـــه فهـــو رأى مرجوح اما رأى أبى يوسف فهو رأى وسط بين رأى أبى حنيفة ، ورأى من قال أنه لازم منذ بدايته وحتى نهايته ـــ والله أعلم .

* * *

الفصل الخامس : آثار عقـــد الاستصناع :

عقد الاستصناع بوصفه الحالى أصبح عقدا شائعا ذائع الاستعمال يتشابك فى كثير من الأطراف بين مؤسسات ودول ومصانع وأفراد .. فهو عقد يحكم الآن فى القرن العشرين الكثير من المعاملات .. ولهذا كانت آثاره واسعة ومتعددة .. والكلام عن هذه الآثار بتوسع يحتاج الى كثير من البحث والاستقصاء .. لكنى مع جهدى المتواضع أحاول فيما يلى أن الخص هذه الآثار فأقول :

أن الآثار التى تترتب على عقد الاستصناع هى **على نوعين :**

النوع الأول : بالنسبة للصانع :

فبالنسبة للصانع ثبوت ملك الصانع فى الثمن .. حيث أن الصانع بعد التعاقد على صنع المطلوب يكون ثمن المستصنع فيـــه حق له .. قبـــل المستصنع .. لكنه لايدخل فى ملكه الا بعد قبضه .. ولايستحق المطالبة به بمعنى أن لا يطالب المستصنع به الا بعد تسليم المستصنع فيه وفـــق المواصفات ، ورضى المستصنع به .

النوع الثانى : بالنسبة للمستصنع :

أما بالنسبة للمستصنع .. فثبوت الملك له فى المبيع فى ذمة الصانع ان توافرت فى المستصنع فيه كافة المواصفات المطلوبة .. ورآه المستصنع ورضى به .. وملكه ملك غير لازم فيما ملك عند الجمهور .. ولازم عنـــد البعض الآخر .

قال الكاسانى (١) : أما حكم الاستصناع : فهو ثبوت الملك للمستصنع فى العين المبيعة فى الذمة .. وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكا غير لازم .

* * *

(١) انظر البدائع ٢٦٧٩/٦

* الفصل السادس :

* لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه فى النظام الوضعى :

سبق وان ذكرنا أن النظام الوضعى جعل الاستصناع احدى ماصدق عليه عقد مسمى عندهم يسمى المقاولة .. فهذا العقد يشمل الاستصناع كما يشمل الاجارة على الصنائع .. وبهذا الادماج أدخلوا عقد الاستصناع فى عقد المقاولة .. وعقد المقاولة فى النظام الوضعى عقد لازم .. فالاستصناع فى النظام الوضعى يكون عقدا لازما بحق الطرفين .. فكل من رب العمل والمقاول يلتزم بشىء نظمه له القانون الا أن هذا الالتزام لم يكن على اطلاقه ، فقد جوز المدنى المصرى لرب العمل التحلل من العقد فى حالات لايجوز فيها للمقاول أن يتحلل .. وكذلك لم يعط للمقاول مثلما أعطى رب العمل هذا الحق أو مثله .

ويكون بهذا قد اتفق مع رأى أبى يوسف فى الرواية الثانية عنه : بأن لاخيار لأحدهما عندما يصنع الصانع المطلوب وفق المواصفات المطلوبة، وأجيز للمستصنع « رب العمل » فى المدنى المصرى ..... فسخ العقد ان كان مغايرا للأوصاف المطلوبة .

والمدنى المصرى يؤيد ماجاء فى أقوال بعض الفقهاء عن المستصنع بأنه يجوز له الفسخ دون الصانع .. فأعطاه هذا الحق الذى لم يعطه للصانع وقد فصلنا هذا الرأى سابقا فى هذا الباب .. والمدنى المصرى لم يفرق بين حالة ماقبل الصنع أو بعد الصنع لكونه لم يعرف مثل هذا التفريق . ولم يخطر ببال واضعيه كما هو واضح مما اطلعنا عليه من مراجع ومؤلفات لشراح هذا العقد .

وقد تكلم أيضا دافيد (١) فى رسالته عن التزامات الصانع والمستصنع الشىء الكثير كما تكلم المدنى المصرى (٢) عن هذا الموضوع ، والسنهورى فى الوسيط (٣) ماليس له مكان فى بحثنا هنا .

---

(١) رسالة الاستصناع ص ٥٩ — ١٥٢
(٢) المواد التالية فى المدنى المصرى نارجع اليها : م/٦٤٧ ف/٢ ، م/٦٤٨
(٣) الوسيط للسنهورى ٦٤/٧ — ١٤٣

الباب السادس
أمور تتعلق بعقد الاستصناع

ويتكون هذا الباب من تسعة فصول :

* * *

الفصل الأول : خيار الرؤية عند أصحاب الاتجاه الأول .

الفصل الثاني : خيار العيب، عند أصحاب الاتجاه الأول .

الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب في النظام الوضعي .

الفصل الرابع : التنازع بين طرفي عقد الاستصناع .

الفصل الخامس : الظروف الطارئة .

الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع .

الفصل السابع : رأي المعاصرين في عقد الاستصناع .

الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع .

الفصل التاسع : ما ينتهي به عقد الاستصناع :

أ - من جهة الصانع .

ب - من جهة المستصنع .

الفصل الأول : خيار الرؤية عند أصحاب الاتجاه الأول

تمهيـــــد :

خيار الرؤية نوع من انواع الخيارات التى تكلم عنها الفقهاء ، وأصل العمل به عند فقهاء الحنفية ماروام مكحول مرفوعا الى النبى صــلى الله عليه وسلم انه قال : « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه . أن شاء أخذه وان شاء تركه » (١) ..

ويثبت خيار الرؤية شرعا لاشرطا كخيـــار العيب .. والعقــود التى يثبت فيها خيار الرؤية هى (٢) : (عقد البيع ، الاجارة ، الصلح عن دعوى المـــال ، القسمة ونحو ذلك) ومجمل الكلام فى هذا أنه يثبت فى كل ماينفسخ العقد فيه برده ، وما لا فلا (٣) .

※ المبحث الأول : شروط ثبوت خيار الرؤية :

شروط ثبوت خيار الرؤية هى مايلى (٤) :

١ ــ أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين (٥) .. فان كان مما لايتعين بالتعيين لايثبت فيه الخيار حتى أنهما لو تبايعا عينا يعين لثبت الخيار لكل واحد منهما أما لو تبايعا ديناً بدين لمـــا ثبت الخيـــار لواحـــد منهما .. أما لو اشترى عينا بدين فللمشترى الخيار ولاخيار للبائع ..

٢ ــ أن تكون العين التى بيعت لم يرها المشترى (٦) عند البيع .. فان اشتراه وهو يراه ، فلا خيار له لأن الأصل هو لزوم العقد وانبرامه ، والخيار يثبت شرعا بالنص ، والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشترى .

---

(١) روى مرسلا ومسندا . فالسند اخرجه الدارقطنى فى البيوع ، انظر نصب الرواية فى تخريج احاديث الهداية ٩/٤

(٢) انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومابعدها

(٣) فلا يثبت فى المهر وبدل الخلع والصــلح عن دم العمــد . انظر البــدائع ٣٣٦٢/٧ ومابعدها .

(٤) نفس المصدر السابق ، انظر شرح فتح التدير ١٤١/٥

(٥) وما لايتعين بالتعيين لايملك بالعقد . وانما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ .

(٦) انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومابعدها ، وانظر شرح فتح التدير ١٤١/٥

* المبحث الثانى : وقت ثبوت خيار الرؤية :

أما بيان وقت ثبوت خيار الرؤية فهو وقت الرؤية للشىء المباع بالذات (٧) .. لاقبلها .. فلو أجاز المشترى البيع قبل رؤيته للمبيع ورضى به صريحا ، فقال أجزت أو رضيت ، أو مايجرى هذا المجرى ثم رآه فله أن يرده للحديث المذكور اعلاه .

أما الفسخ قبل الرؤية .. فقال بعض الفقهاء : لايجوز لأنه لاخيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الاجازة فلا يجوز الفسخ .

وقال البعض الآخر : يجوز له فسخ العقد وهو الصحيح .. لأن العقد بالنسبة لمن له خيار الرؤية عقد غير لازم ومعنى عدم اللزوم هو جواز التحلل من العقد دون توقف على رضا الطرف المقابل وهو البائع .

* المبحث الثالث : حكم العقد عند قيام خيار الرؤية :

عند قيام خيار الرؤية..يكون العقد (٨) غير لازم بالنسبة للمشترى.. لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه .

ولأن جهالة الوصف تؤثر فى الرضا فتوجب خللا فيه واختلال الرضا فى البيع يوجب الخيار .. ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لايصلح له اذا رآه فيحتاج الى التدارك .. فيثبت الخيار لامكان التدارك عند الندم .

أما البائع لما لم يره .. فهل يلزم العقد بحقه ؟ هناك روايتان عند ابى حنيفة :

الأولى : انه كان يقول : لايلزم ويثبت له الخيار .

وجه الرواية : ان المعانى التى من اجلها يثبت هذا الخيار فى شراء المشترى لما لم يره هذه المعانى ايضا موجودة فى بيع مالم يره البائع .. فورود الشارع بالخيار فى شراء مالم يره .. يكون ورود دلالة فى بيع الانسان مالم يره .

الثانية : اما الرواية الثانية فهى ان لاخيار للبائع ويلزم العقد بحقه .

---

(٧) انظر البدائع ٣٣٦٦/٧ ومابعدها ، انظر شرح فتح القدير ١٤١/٥

(٨) نفس المصدر السابق ٣٣٦٠/٧ ومابعدها ، وفتح التدير ١٣٧/٥ — ١٤٠

وجه الرواية الثانية : ووجه ذلك ماروى(٩) أن عثمان بن عفان ـ رضى الله عنه ـ باع أرضا له من طلحة بن عبيد الله ـ رضى الله عنه ـ ولم يكونا رأياها فقيل لعثمان ـ رضى الله عنه ـ غبنت فقال : لى الخيار لأنى بعت مالم أره .. وقيل لطلحة مثل ذلك فقال : لى الخيار لأنى اشتريت مالم أره . فحكما فى ذلك جبير بن مطعم ـ رضى الله عنه ـ فقضى بالخيار لطلحة ـ رضى الله عنه ـ .

وكان ذلك بمحضر من الصحابة ـ رضى الله عنهم ـ ولم ينكر عليه احد منهم فكان اجماعا منهم على ذلك .. ولأن مشترى مالم يره مشتر على انه خير مما ظن فيكون بمنزلة مشتر شيئا على أنه جيد فاذا هو ردىء .

وبتطبيق ماسبق على عقد الاستصناع .. يكون الخيار للمستصنع .. لأن الصانع بائع لشىء رآه أو لم يره ، وفى كلتا الحالتين لايثبت الخيار له.

* المبحث الرابع : مسقطات خيار الرؤية :

أن مسقطات خيار الرؤية عند فقهاء الحنفية **على نوعين** (١٠) :

١ ـ اختيارى. ٢ ـ ضرورى .

أما الاختيارى : فنوعان : هما :

الأول : التصريح بالرضا والاختيار ممن له خيار الرؤية فى المبيع .. **أو مايقوم مقام التصريح** .. سواء علم البائع أم لم يعلم .. لأن الأصل فى البيع المطلق اللزوم ، والامتناع عن اللزوم لخلل فى الرضا .. فاذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم البيع .

الثانى : الدلالة على الرضا : وهو أن يوجد من المشترى تصرف فى المبيع بعد الرؤية يدل على الاجازة والرضا .. نحو ما اذا قبضه بعد الرؤية .. لأن القبض بعد الرؤية دليل على الرضا بلزوم البيع .. كان

---

(٩) انظر فتح التدير ١٤٠/٥ ، وانظر الرواية التى فى السنن الكبرى للبيهقى ٢٦٨/٥ التى جاء فيها : أن عثمان ـ رضى الله عنه ـ ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضا بالمدينة . ناقلة بأرض له بالكوفة . فلما تباينا ندم عثمان ثم قال : بايعتك مالم أره . فقال طلحة : انما النظر لى انما ابتعت مغيبا ، واما أنت فقد رأيت ماابتعت . فجعلا بينهما حكما ، فحكما جبير بن مطعم فقضى على عثمان ان البيع جائز ، وان النظر لطلحة انه ابتاع مغيبا . انظر الغرر للضرير ص ٤٠٢ .

(١٠) انظر البدائع ٣٣٦٩/٧ . والهداية ١٤٢/٥

يعرض السلعة مثلا للبيع فقد رضى بها .. أو يخرج بعضه عن ملكه فعندئذ يسقط خياره عن الباقى ولزم البيع فيه كله .

أما الضرورى للخيار نوعان :

الأول : هو كل مايسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعة نحو : موت المشترى ، اجازة أحد الشريكين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه عند أبى حنيفة .

الثانى : يكون بأحد أمرين :

أ ــ هلاك بعض المبيع فى يد المشترى .. أو انتقاصه بالعيب بآفة سماوية أو بفعل أجنبى ، أو بفعل البائع عند أبى حنيفة ومحمد.

ب ــ الزيادة الحاصلة فى يد المشترى زيادة منفصلة أو متصلة « متولدة ، أو غير متولدة » على تفصيل محله كتب الفروع فى ذلك .

* * *

* الفصـــل الثانى : خيار العيب عند أصحاب الاتجاه الأول :

* المبحث الأول : مشروعية خيار العيب عند الحنفية (١) :

خيار العيب شرع بناء على ماروى أبو هريرة (رضى الله عنـــه) أن رسول الله (ص) قال (٢) : « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة ايام . ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ، ورد معها صاعا من تمر » . .

وجه الدلالة : وجه الدلالة من الحـــديث أن الأمرين اللذين ذكرهمـــا الرسول صلى الله عليه وسلم **هما :** نظر الامساك والرد أما ذكر الثلاث فى الحديث فهو ليس للتوقيت ، لأن هذا النوع من الخيار ليس بمؤقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد . . لأن المشترى ان كان به عيب يقف عليه المشترى فى هذه المدة عادة . . فيرضى به فيمسكه أو لايرضى به فيرده، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذى حلبه المشترى ، علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة .

* المبحث الثانى : وقت ثبوت خيار العيب :

أما متى يثبت خيار العيب فهو يثبت (٣) : بالشرط دلالة . اذ أن سلامة المبيـــع من العيب شرط ضـــمنى فى العقـــد . . ولمـــا كانت الســـلامة مشروطة فى العقد دلالة فقد صارت كالمشروط نصا .

فاذا فاتت المساواة كان له الخيار ، كما اذا اشترى جارية على أنها بكر ، أو على أنها طباخة فلم يجدها كذلك .

وخيار العيب يثبت فى العقود التى تحتمل الفسخ كالبيـــع والاجارة والقسمة والصلح عن مال العمد .

* المبحث الثالث : شروط ثبوت خيار العيب :

شروط ثبوت خيار العيب هى **مايلى :**

اولا : ان يكون العيب مؤثرا فى قيمة المبيع (٤) : فكل مايوجب نقصان

---

(١) انظر البدائع ٧/٢٣١٧

(٢) رواه مسلم : انظر مختصر مسلم رقم الحديث /٩٢٨ وهناك رواية أخرى بالبدائع ٧/١٣١٧ . وروى أحمد فى مسنده (من اشترى شاة محفلة مصراة فهو بخير النظوين، انظر مسند أحمد ٢/٢٣١٧

(٣) انظر البدائع ٧/٢٣١٧

(٤) انظر البدائع ٧/٢٣١٩

الثمن فى عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار .. وما لا فلا .. كالهشم فى الأوانى .. كان فى السابق يعد مؤثرا فى قيمة المبيع .. فقد يكون فى وقت من الأوقات غير مؤثر فلا يعد نقصانا .. وقد اسهب الفقهاء فى ذكر مايعد مؤثرا وما لايعد .. يرجع اليها فى كتب الفروع.

ثانيا : أن يكون العيب قديما (٥) : يشترط ثبوت العيب عند البيع او بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لايثبت . لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة فى العقد دلالة .. وقد حصلت السلعة سليمة فى يد المشترى .. وهذا يعنى أن العيب قديم .. لأنه اذا كان بعد التسليم مثلا يكون حديثا .. فلا يلزم البائع بالرد عندئذ .. وقد عدد الفقهاء حالات كثيرة هى من كلا النوعين القديم والحديث للتفريق بينها ليس محلها هنا .

ثالثا : أن يكون العيب غير معلوم للمشترى : ويشترط عدم علم المشترى بوجود العيب عند العقد (٦) .. فان علم به فلا خيار له .. فالجهل من قبل المشترى بوجود العيب عند العقد والقبض يكون شرطا فى ثبوت العيب . لأن الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة .. وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض . لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض .. فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد .

رابعا : ألا يكون البائع قد اشترط البراءة عن العيب : اشترط الحنفية لخيار العيب عدم اشتراط البائع البراءة عن العيب فى البيع (٧) لأن شرط البراءة عن العيب فى البيع عندهم صحيح فهو بمثابة الابراء من المشترى للبائع من العيوب التى قد توجد فى المبيع .. فاذا أبراه فقد أسقط حق نفسه فصح الاسقاط فيسقط خيار العيب ضرورة .

* المبحث الرابع : كيفية الرد بخيار العيب :

اما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته .. فالمبيع لايخلو اما أن يكون فى يد البائع أو فى يد المشترى :

فان كان فى يد البائع قبل القبض : ينفسخ البيع بقول المشترى : رددت .. ولا يحتاج الى قضاء القاضى ولا الى التراضى بالاجماع ..

وان كان فى يد المشترى : لاينفسخ الا بقضاء ، أو بالتراضى عند الحنفية ، واذا رد المبيع انفسخ العقد .

---

(٥) نفس المصدر السابق ٢٣٢٢/٧
(٦) نفس المصدر السابق ٣٢٢٤/٧
(٧) نفس المصدر السابق ٣٢٢٤/٧

* **المبحث الخامس : مسقطات خيار العيب :**

مسقطات خيار العيب عديدة نجملها **فيما يلى** (٨) :

١ ــ **هلاك المعقود عليه قبل القبض :** يسقط خيار العيب لهلاك المبيع قبل قبضه لضرورة فوات المحل « أى المبيع الذى يكون به عيب » . .

٢٢ ــ **الرضا من المشترى بالعيب :** يرى الحنفية انه يسقط خيار العيب بعد العلم بالعيب .

٣ ــ **نقصان المبيع :** اذا تعذر رد المبيع لنقصان وجده فى المبيع فيسقط خيار العيب . . لأن البائع هو السبب . . سواء كان النقصان فى المبيع قبل القبض أو بعده . وسواء كان بآفة سماوية او بفعل المشترى، او بفعل البائع ، أو بفعل المبيع ، أو بفعل اجنبى . . وكل منها لها حكم تفصيلها فى كتب الفروع .

٤ ــ **الزيادة فى المبيع :** والزيادة فى المبيع اما ان تكون منفصلة متولدة من البيع بعد القبض أو بعده . . أو كانت الزيادة متصلة فى المبيع بعد القبض او بعده فهذه تمنع الرد بالعيب .

* واما المنفصلة المتولدة من الأصل فلا تمنع الرد . . وعلى اى حال فتفصيلها كتب الفروع .

٥ ــ **اسقاط الخيار صراحة :** يسقط خيار العيب بالتصريح باسقاط الخيار او بما فيه معنى التصريح نحو ان يقول المشترى اسقطت الخيار ، او ابطلت ، أو الزمت البيع ، أو أوجبته ومايجرى هذا المجرى . . لأن خيار العيب حقه ، والانسان له أن ينزل عنه .

٦ ــ **تصرف المشترى فى المبيع :** ويسقط خيار العيب بتصرف المشترى فى المبيع بأن يخرجه مثلا عن ملكه حتى قبل علمه بالعيب لتعذر رد المبيع الى البائع كأن يبيعه أو يهبه .

---

(٨) انظر البدائع ٣٣٣٥/٧ ومابعدها .

* الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب فى النظام الوضعى :

عالج النظام الوضعى عيوب الارادة فجعل العقود التى شابها غلط ، أو تدليس أو اكراه ، أو استغلال .. عقودا قابلة للابطال لمصلحة العاقد الذى عاب ارادته غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال .. وهذه مرتبة وسطى فى العقود .. فالعقود فى نظر النظام الوضعى .. اما صحيحة أو باطلة أو قابلة للابطال .

قال السنهورى (١) : ان الصناعة فى الفقه الاسلامى قد وصلت الى درجة كبيرة من الرقى فى الخيارات : ومنها خيار الرؤية والعيب .

* **المبحث الأول : خيار الرؤية** : وهذا الخيار لايمنع من الانعقاد فى حق الحكم .. ولكنه يمنع تمام الحكم بعد القبض .. فالصفقة اذن لم تتم .. فيستطيع من له الاختيار نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة الى تراض أو تقاض .

ولما كان خيار الرؤية من حق الشرع لامن حق العبد .. فلا يجوز اسقاطه قصدا بصريح الاسقاط .. وانما يسقط ضمنا باجازة العقد .. ولا ينتقل خيار الرؤية بالميراث لأنه متصل بالمشيئة لا بالعين .. فاذا مات من له الخيار .. لزم العقد ..

* **المبحث الثانى : خيار العيب** : وهذا الخيار لايمنع تمام الحكم كما يمنعه خيار الرؤية لكنه يمنع لزوم الحكم قبل القبض .. فالصفقة اذن لم تتم قبل القبض .. وتتم بعد القبض فيستطيع من له الخيار قبل القبض نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة الى تراض أو تقاض .

أما بعد القبض وقد تمت الصفقة فلا يستطيع من له الخيار الا فسخ العقد .. ولابد للفسخ من التراضى أو التقاضى .. ولما كان خيار العيب من حق العبد لامن حق الشارع فانه يجوز اسقاطه مقصودا بصريح الاسقاط ..

وينتقل خيار العيب بالميراث لأنه متصل بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة.

ولعل الفقه الغربى فى هذه المسائل (٢) لم يصل الى هذا الحد من الدقة والاحكام ويعرف الفقه الغربى الشرط الواقف، والشرط الفاسخ .. ولايعرف بينهما مرتبة وسطى .

أما الفقه الاسلامى : فيعرف هذه المرتبة الوسطى .. فخيار الرؤية عنده مرتبة وسطى بين خيار الشرط وخيار العيب .. وليس لهذا التدريج نظير فى الفقه الغربى .

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ٢/٢٨١ — ٢٨٥

(٢) مصادر الحق ٢/٢٨١ — ٢٨٥

الفصل الرابع : التنازع بين طرفى عقد الاستصناع :

تحصل المنازعات فى عقود المعاوضات بين طرفى أى عقد فيها فى غالب الأحوال ومنها الاستصناع . فلو حصل نزاع واختلف المتعاقدان « الصانع والمستصنع » وادعى كل واحد منهما شيئا على صاحبه .. فهل يسرى على هذا النزاع مايسرى فى أنواع المعاملات فى أصـــول التقـــاضى بين المتنازعين ؟

هذا ماأردنا بيانه هنا فنقول : أن الاستصناع يسرى على النزاع فيه بشـــأن العوض والمعوض عنـــــه وتنفيـــذ الشروط والالتزامات وبدل الثمن .... الخ . الخاصة به مايسرى على كل عقود المعاوضات المـــالية من أصول المحاكمات والمرافعات .. وهناك أمور نص عليها فقهاء الحنفية خاصة بهذا العقد نجملها **فيمايلى :**

لايمين على الطرفين : جاء فى الفتـــاوى الهنـــدية (١) : أن زعم الآمر « المستصنع » أنه لم يفعل كما شرط وادعى الصانع خـــلافه .. قالوا : لايمين فيه لأحدهما على الآخر .

وان ادعى الصانع على رجل أمره بعمل فأنكر الآمر « المستصنع » لايحلف أيضا (٢) .

النزاع فى عدم ضبط المواصفات المطلوبة : اذا استصنع الرجل عند الرجل خفين فلمـــا فرغ منـــه قال المستصنع ليس هكذا أمرتك .. وقال الاسكاف بهذا أمرتنى : يكون **مايلى** (٣) :

١ ـــ فالقول قول المستصنع لأن الاذن يستفاد من جهة المستصنع ..

٢ ـــ ولا يمين على المستصنع لأن توجه اليمـــين ينبنى على دعوى تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا .. فان للمستصنع أن يأبى .

---

(١) الفتاوى الهندية ٥/٨

(٢) المعروف أن الأصل عند أبى حنيفة وأبى يوسف : أن قيام المبيع فى باب البيع شرط جريان التحالف فى المبيع الهالك . ولـــما كان بالاستصناع يتم هلاك المـــادة الخـــام بتحويلها اثناء الصنع فيكون شرط جريان التحالف معدوم فى الاســـتصناع .. انظر البدائع ٦/٢٦٦٥

(٣) المبسوط ١٢/٩٣

النزاع مع ضبط المواصفات المطلوبة :

جاء فى المبسوط (٤) ان لم يكن الصانع مخالفا للأوصاف المطلوبة فلا فائدة فى استحلافه .. ولو أقام العامل البينة لم يلزم الآمر .. لأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم .

ولو قال المستصنع بهذا أمرتك .. ولكن لاأريده .. كان له ذلك لما بينا : أن الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية .

* * *

(٤) المبسوط للسرخسى ٩٣/١٢

الفصل الخامس : الظروف الطارئة :

ان قواعد الظروف الطارئة فى الفقه الاسلامى ، لاحاجة لنا فى اللجوء الى استعمالها اذا جد للصانع مامنعه عن تنفيذ ماتعاقد عليه .. هذا اذا اعتمدنا على القول الراجح فى ان الاستصناع عقد غير لازم .. لأن العقد غير اللازم ينتهى بالرجوع فيه ويسمى هذا الرجوع فسخا (١) ..

أما اذا سرنا على الرأى القائل : بلزوم هذا العقد .. وطرأت ظروف قاهرة منعت الصانع من اتمام ماطلبه منه المستصنع ، ففى الامكان تطبيق قواعد الظروف الطارئة وهى قواعد وردت صريحة فى كتب الفقه الاسلامى (٢) .. وبناء على هذا يقال للمستصنع اذا طرأ مايمنع الصانع من اتمام ماتعاقدت عليه كأن حدثت حرب منعت ورود الخامات التى سيصنع منها المطلوب .. أو جرت عاصفة أغرقت المركب الشراعى مثلا والمحمل عليه المادة الخام أو المطلوب صنعها .. او شب حريق فى المصنع اتى على كل مافيه فيقال للمستصنع أنت بالخيار : اما أن تصبر حتى يتمكن الصانع صنع ماتفق عليه .. أو لك الحق فى ازالة كل اتفاق بخصوص هذا الموضوع ..

---

(١) نظرية الالتزام للعطار ص ٢٦٢

(٢) كشاف القناع للبهوتى ٣/٣٥٦ ومابعدها .

الفصل السادس : الشرط الجزائى فى عقد الاستصناع :

لم يكن الشرط الجزائى معروفا بهذا الأسم لدى فقهائنا الأقدمين .. وانما جاء ذكره فى صور مسائل فقهية .. ولعل أول وجوده ماروى البخارى فى صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريه « أدخل ركابك ، فان لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم فلم يخرج . فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه . وقال أيوب : عن ابن سيرين أن رجلا باع طعاما وقال « ان لم آتك الأربعاء فليس بينى وبينك بيع ، فلم يجىء فقال شريح للمشترى أنت اخلفت فقضى عليه(١) » .

أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه فى كتبهم بهذا الاسم وبينوا العوامل التى ادت الى التوسع فى الأخذ به ..

قال الزرقا (٢) : فى أواخر العهد العثمانى اتسعت فى الدولة التجارة الخارجية مع أوربا وتطورت أساليب التجارة الداخلية ، والصنائع ، وتولدت فى العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة ... واتسعت مجالات عقود الاستصناع فى التعامل بطريق الايصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية ...... وقد ضاعف احتياج الناس الى ان يشترطوا فى عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذى يتأخر عن تنفيذ التزامه فى حينه .. ومثل هذا الشرط يسمى فى اصطلاح الفقه الأجنبى « **الشرط الجزائى** » ..

والشرط الجزائى هو (٣) : اتفاق يقصد منه المتعاقدان سلفا التعويض الذى يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو اذا تأخر فى تنفيذه .

وبعد استعراض المسائل التى يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائى وتأمل قوله تعالى : (**ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**) « .. وما روى عنه صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما أو حرم حلالا » والاعتماد على القول الصحيح من أن الأصل فى الشروط

---

(١) صحيح البخارى مع فتح البارى ٢٦٢/٥

(٢) المدخل الفقهى العام للزرقا فقرة /٣٨٦

(٣) الموسوعة العربية الميسرة . نقلا عن مجلة البحوث الاسلامية . مجلد ١ العدد ٢ ص ٦٢

الصحة .. وانه لايحرم فيها ويبطل الا مادل الشرع على تحريمه وابطاله نصا أو قياسا .. وبتطبيق الشرط الجزائى على أنواع الشروط وظهور انه من الشروط التى تعتبر من مصلحة العقد .. اذ هو حافز لاكمال العقد فى وقته المحدود له .. والابتئناس بما رواه البخارى فى صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريه : ادخل ركابك . فان لم أرحل معك يوم كذا وكذا . فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه ...... الحديث .

وفضلا عن ذلك .. فهو فى مقابلة الاخلال بالالتزام حيث أن الاخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع .. وفى القول بتصحيح الشرط الجزائى سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله .. وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود ، والعقود تحقيقا لقوله تعالى : (ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود .... الآية) .

فان الشرط الجزائى الذى يجرى اشتراطه فى العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به .. مالم يكن هناك عذر فى الاخلال بالالتزام الموجبله.

فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول ، واذا كان الشرط الجزائى كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالى .. ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية للعقود ، فيجب الرجوع فى ذلك الى العدل والانصاف ، على حسب مافات من منفعة أو لحق من مضرة .

ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف الى الحاكم الشرعى عن طريق أهل الخبرة والنظر ..

وبناء عليه .. فاذا اقترن شرط جزائى بعقد الاستصناع يلتزم به المستصنع أداء شىء اذا تأخر عن تسديد التزاماته اذا كان هناك من التزام.. أو كان الشرط الجزائى واقعا على عاتق المستصنع ، فانه لايفسد العقد بهذا الشرط ، ويرجع الى القاضى المختص لتفسير الشرط .. ومدى انطباقه على حكم الشرع كما سبق بيانه فى أول هذا البحث .. وبيان الأعراف المتداولة بذلك بين التجار والصناع فى هذا النوع من التعامل والفصل فى النزاع على ضوء هذا كله (٤) .

* * *

(٤) انظر مجلة البحوث الاسلامية — المجلد الأول — العدد الثانى — ص ٦٠ — ١٤٣

الفصل السابع : رأى المعاصرين فى عقد الاستصناع :

تمهيـــد :

ان الاحتكاك بالمعاملات ، والتفكير فى موقف الشريعة الاسلامية منها دفع القضاة فى الاسلام .. وكثيرا من العلماء (١) . الى محاولة دراســة الاستصناع .. وقد أخذت مابحثه الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود بكتابه أحكام عقود التأمين وقد قدم له بحثا مهما لبناء أصــل مشروعيــة هــذه المعاملات وهو (٢) : **الأصل فى العقــود الاباحة حتى يقــوم الدليــل على التحريم** .. وهو الرأى الراجح عند الجمهور ، وبعــدها ذكر حكم بعض المعاملات .. ثم عرج الى موضوعنا ((**الاستصناع**)) .

ويحسن ونحن نذكر رأيه كاملا ضمن بحثنا هذا .. أن نقرر **للأمانة** أنه ليس فى ذكر هذا الرأى الموافقة الكلية منا على ماجاء بكتابه فى هــذا الموضوع اذ لنا بعض التحفظات ، لكن الرجل قد أبلى بلاء حسنا فى دراسة المعاملات التى شاع التعامل بها هذه الأيام .. فكان له مجهود يشكر عليه فى اثراء الفقه الاسلامى لكن كما قلت ليس كل ماكتبه من آراء هى محــل الموافقة منى .

ونص ماقاله هو (٣) : ان كل ما يقع بين الناس من المشاكل فى العقود والشروط والمعاملات ، فان له صلة وأصلا من الفقه الاسلامى يرد اليــه ويقاس عليه ويؤخذ صحته وفساده من نصوصه وأصوله .

من ذلك .. استصناع السلعة ، أى طلب عمل صنعة من بناء أو نجارة أو حدادة وهى عبارة عن اجراء عقد اتفاق بين المــالك والمقاول على صفة شيء موصوف من بناء بيت أو سفينة أو أبواب أو شــبابيك أو صناديق أو غير ذلك .

بحيث يقول المــالك للمقاول : أريد أن تبنى لى عمارة صــفتها كذا وارتفاعها كذا وفيها من الدور كذا وكذا ، ثم يستقصى أوصافها اللازمة ويتفق معه على قدر معلوم من المــال .

---

(١) من هؤلاء العلماء الشيخ عبد الله آل محمود فى كتابه أحكام عقود التأمين ومكانها من شريعة الدين ، والشيخ أحمد فهمى أبو سنة فى كتابه العرف والعادة فى ص ١٣١ ، والشيخ / على الخفيف فى مختصر أحكام المعاملات ص ١٧٧ — ١٧٨

(٢) أحكام عقود التأمين لآل محمود ص ٣٩

(٣) نفس المصدر السابق ص ٧١ — ٧٧

فهذا العقد فى هذه الصفة يسمى عند الفقهاء « **استصناع السلعة** ».
والظاهر من مذهب الامام أحمد والشافعى وأبى حنيفة .. أنه لايجوز لأنه من بيع ماليس عندك المنهى عنه شرعا .

قال فى الاقناع : « ولا يصح استصناع السلعة لأنه باع ماليس عنده على غير وجه السلم » . وخالف أبو يوسف صاحبه الامام أبا حنيفة ، فقال بجواز العقد فى استصناع السلعة .. فاذا وجد المصنوع موافقا للصفات التى بينت فى العقد لزم من كلا الجانبين ، وليس لأحد منهما الرجوع .. انتهى .

وعلى قول أبى يوسف هذا استقر عمل الأحناف على القول بصحته ، وادرجوه فى مجلة الأحكام للحكم به .

وجرى عرف الناس فى سائر الأمصار على العمل به وكأنه السبب الذى جعل الناس يتحدثون بأن مذهب الأحناف يساير التطور ويتسع رحبه للمعاملات الحديثة .

وكل شىء تعومل فى استصناعه من بناء دور أو سفينة أو أبواب أو ثياب أو قدور أو شبابيك ، فانه يصح على القول بهذا ولايلزم فىالاستصناع دفع الثمن حال العقد بخلاف السلم .

وليس للمالك الا أقل مايقع عليه الصفة .
واذا لم يقع المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة فى العقد .. فللمستصنع أى المالك الخيار بين قبوله ورده .

فقول الأئمة بمنعه بحجة أنه من بيع ماليس عنده غير صحيح ، فان هذا العقد مشبه بالسلم الذى محله الذمة والذى يصح فى المعدوم وفيما ليس عنده ، كما فى البخارى ومسلم عن عبد الرحمن بن أبزن وعبد الله بن أبى أوفى قال : « كان يأتينا انباط من انباط الشام فكنا نسلفهم فى الحنطة والشعير والزبيب — وفى رواية والزيت — الى أجل مسمى . قيل : أكان لهم زرع ؟ قال : ماكنا نسألهم عن ذلك » لكون السلم محله الذمة .

ثم أن العادة والعرف والضرورة قد فرض التعامل بهذه الصفة على الناس فى كل مكان وزمان فرضا الزاميا لامحيص لهم عنه ، ولن يجدوا بدا منه لفخامة البنايات وسائر المقاولات التى لايستطيع المالك أن يستقل بالتصرف فيها الا بطريق الاتفاق مع المقاولين والفنيين والمهندسين .

ومن المعلوم أن العادة والعرف لهما مدخل فى الشرع ويقدمان فى بعض الصور على الأصل وقد ترجم عليه البخارى فى صحيحه فقال : « باب من اجرى أمر الأمصار على مايتعارفون بينهم فى البيوع والاجارة والكيل والوزن » .. قال فى الفتح : قال ابن منير وغيره ، مقصوده بهذه الترجمة اثبات الاعتماد على العرف وأنه يقضى به على ظواهر الالفاظ .... انتهى.

ثم ان العقود والشروط والمعاملات فى البنايات وسائر الصناعات هى من الأفعال العادية لامن العبادات الشرعية التى تفتقر الى دليل التشريع اذ الأصل فى العقود رضى المتعاقدين ونتيجتها هو ماأوجباه على انفسهما بمقتضى التعاقد وليس فيها ربا أو قمار ولا نص فى المنع منها .

وقد توسع الناس فى الاستصناع فى هذا الزمان على اختلاف أنواعه حتى صار من أكبر المعاملات ، بحيث يتفقون مع المقاولين ومع الشركات على بناء العمارات العظيمة ذات الطوابق والشقق وكذا المدارس والمستشفيات والطرق وحتى المساجد والبيوت الصغيرة والكبيرة ، كلها انما تبنى غالبا على سبيل الاستصناع بالصفات المتفق عليها بينهما .

حتى صار من الأمر العرفى الجارى به النظام فى كل بلد .

ويوجد فى نصوص الفقه مايقرب من صفته وماينبغى أن يقاس عليه فى القول بصحته . من ذلك عقد السلم ، فانه عقد على موصوف فى الذمة معدوم حال العقد بثمن مقبوض .

ومن ذلك البيع بالصفة الذى ذكره فقهاء الحنابلة فى كتابهم وحكموا بصحته والصفة **نوعان :**

* **الأول : صفة معينة :** كأن تقول : أبيعك عبدى الفلانى أو بعيرى الفلانى الذى صفته كذا وكذا ، ويستقصى فى أوصافه كما يستقصى فى أوصاف السلم .

* **والنوع الثانى : الصفة غير المعينة :** كأن يقول ابيعك عبدا أو بعيرا صفته كذا وسنه كذا ويستقصى صفته كما فى السلم ويصح العقد فى كلا الصفتين بشرط أن يسلم الثمن حال العقد قبل التفرق ولايصح فيما لايصح السلم فيه ، كالبنيان ونحوه فهذا ونحوه مما ينبغى أن يقاس عليه جواز الاستصناع اذ هو نظيره فى الحكم والمعنى خلاف ماذهب اليه الفقهاء من القول منهم بمنعه .

والأصل فى الاستصناع أن يعمل الصانع الصنعة فى محله كما يعمل النجار الأبواب فى موضع نجارته والحداد يعمل الشبابيك ونحوها فى موضع الحدادة ، فان جاء بها مطابقة للأوصاف أخذها المستصنع وان لم تطابق الأوصاف ردها على صاحبها .

أما استصناع البناء : فانه يزيد اشكالا من **جهتين :**

الأول : من جهة كون المقاول يعمله فى أرض المالك مما لاسبيل الى رده الا بهدمه واتلافه .

والأمر الثانى : أنه بتجدد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التى يلزم بناؤها على مثل ماذكره الفقهاء تختلف فى مثل هذا العقد ، حيث ادخلوا فيها أشياء كثيرة من الشروط والتحديدات ، والغرامات مما يتغير الحكم بدخولها فى عقده ، أضف اليه ادخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة الجليلة والدقيقة مما قد يوجد فى بلد العقد وقد لايوجد .

* * *

تحديد المدة للاستصناع
ووضع الغرامة على مازاد على المدة المضروبة

ان عقـــد الاتفاق الواقع على بنـــاء العمـــارات والبيوت والفنادق والمستشفيات وغيرها قد أدخل فيه المتعاملون قيودا وشروطا تخرجه عن حكم الاستصناع الجائز الذى ذكره الفقهاء .

ومن ذلك تحديد مدة الانجاز ووضع غرامة على مازاد على المـــدة المحدودة عن كل يوم كذا وكذا يدفعها المقاول .

وهذه الغرامة بهذه الصفة لم يقل بجوازها أحد من الأئمة الأربعـــة لا الامام أحمد ولا مالك ولا الشافعى ولا أبو حنيفة ، وفيها من الأضرار على المقاول ما لايخفى على عاقل اذ قد تذهب بأعظم مقاولته التى هى بمثابة أجرته وحاصل تجارته ، اذ كل المواد الموضوعة فى البناء ملك للمقاول .

وقد ذكر الفقهاء من الحنابلة من أنه لايجوز الجمع بين المدة والعمل فى باب الاجارة ، وذلك بأن يقـــول : أريد أن تبنى لى دارا بكذا ، بشرط أن تنجز فى وقت كذا ، لوقوع مايمنع التنجيز فى المدة المضروبة .

وقد قالوا بمنع الجمع بين المدة والعمل فى وقت كان البناء فيه سهلا ميسرا ولم يكن صعبا معقدا .

بحيث أن العادة القديمة فى انشاء المقاولات على البيوت والعمارات وسائر البنايات بأن جميع موادها متساوية متيسرة ، بحيث تبنى بالطـــين والحجارة واللبن وتسقف بالأثل وجريد النخل وتلاص بالطين أو الجص ، وكل مواد البناء موجودة بداخل البلد أو بمحل العمل ، والأساتذة والعمال متيسرون وقت الطلب فالبناء كله بسائر أنواعه سهل مبسط غير عسير .

أما الآن وفى هذا الزمان ، فقد صارت المقاولات على البنايات ذات الشأن من الأمور الصعبة العويصة الشـــاقة ولايزال النـــاس يقومـــون ويقعدون فى المحاكم فى خصوص المنازعات والخصـــومات الناشـــئة عن الاختلافات فى الصفات وتحديد الأوقـــات وفى الغرامات ثم ان ادخـــال الغرامة فيما زاد على المدة المحدودة هى مما أركسها فى الجهـــالة وكانت سببا فى اتساع شقة الخلاف مع الأسباب الناشئة عن عدم التطبيق ودخول الزيادة والنقص والتعديل والتبديل .

وسببه أن العمارة الواحدة ذات الشأن والمؤسسة على النظام الحديث يدخل فيها من الآلات والأدوات مايزيد على خمسين مادة كلها تستجلب غالبا من الخارج كالبلدان الأوربيه واليابان والهند والصين ونحوها .

مثل الحديد على اختلاف أشكاله وأدوات الكهرباء على اختلاف انواعها وكذا السخانات وأنابيب المياه والأدوات الصحية على اختلاف اشكالها وكذا الأحواض والأصباغ على اختلاف أنواعها والبلاط الثخين والخفيفوالأبواب والشبابيكوالأسمنتوأشياءكثيرة مما نعرفه وما لانعرفه.

وكل هذه الآلات والأدوات قد توجد فى وقت وقد لاتوجد فى وقت آخر مع كونها لاتنضبط غالبا أوصافها لاختلاف أجناسها .

لهذا رأينا التجار يشكون أزمة تعطيل وصول البضائع التى من جملتها مواد البناء ، بحيث يعطون الموعد لوصولها فى خلال ستة أشهر ، ثم يمضى مع الستة أشهر ستة أشهر أخرى الى نهاية السنة بدون أن يتحصلوا على وصولها ، لأسباب الموانع المقتضية للتأخير من عدم وجود سفن التحميل أو تعطلها أو وقوع اضراب للعمال فى بلدها ونحو ذلك .

أضف الى ذلك أن كل مادة من مواد البناء فانها تحتاج بطبيعة الحال الى حذاق وصناع من المهندسين والعارفين لوضع الأشياء فى مواضعها اللازمة بها من نجارين وحدادين وصباغين وغيرهم . وليس من الممكن الحصول عليهم وقت طلبهم لكثرة أعمالهم وطلب الناس لهم ، فكانوا يعدون الشخص للحضور الأسبوع بعد الأسبوع ومن المعلوم أنه لايقوم غيرهم مقامهم فى اتقان أعمالهم . وقد لاح الطمع بكثير من المالكين فى الغرامة على مازاد على المدة المحدودة فصاروا يعاملون المقاولين بالترديد والتلديد مما يعرقل سير عملهم بقولهم : هذا لايصلح ، وهذا لايصلح ، حرصا على انسحاب الأيام حتى تزيد على المدة المحدودة فتكثر بسببها الغرامة على المقاول .

لهذه الأسباب صار انجاز العمل عن وقته المحدود يتأخر اضطراريا لااختياريا وحتى التجار الذين لديهم المؤهلات المقتضية لإنجاز عملهم ويبنون لأنفسهم على حسابهم الخاص ، فانهم يقدرون لانهاء عملهم بعشرة أشهر، ثم يمضى مع العشرة عشرة اخرى بدون اتمامه واحكامه .. وهذا قد صار من الأمر المعروف المألوف عند كافة الناس .

أضف اليه مايعرض للمقاول من عوز العمال وعدم وجود بعض المواد وكذا مايعرض له مما يعرقل سير عمله من حوادث الزمان مثل الأهـوية الشديدة والأمطار والسيول والحر الشديد والبرد الشديد وكل هذه تحكم على المقاول ولايستطيع أن يحكم عليها .

اذا ثبت هذا فان الحكم على المقاول بالزامه بالغرامة على مازاد على المدة . مع العلم بهذه الأعذار أنه حكم عليه بالجور وعدم العدل ، ونتيجة هذا الحكم هو أن يستبيح المـالك أكل مال المقاول وأجرة عمـله وعرق جبينه ظلما بغير حق لأن الذين فرضوا هذا الشيء سـموها غرامـة أى ظلما ونكالا .

ولم يصح عن احد من ائمة المذاهب الأربعة القول بصحته لأن هـذا التحديد ووضع الغرامة على مازاد عليه يقع غالبا من تكليف مالايستطاع كما ذكرنا ذلك والله لايكلف نفسا الا وسعها ، وانما وقع منهم على حساب الظن والتخمين فى الانجاز قصدوا به الحث والتحريض ، وقد اتفق الأئمة الأربعة على عدم اباحة هذه الغرامة بهذه الصفة . فلا يحكم بالزامها الا من يحكم باباحة الربا والقمار وسائر العقود المنهى عنها مما يتراضى عليـه الناس من العقود الفاسدة ، والله أعلم .

* * *

⁕ الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع :

تمهيـــــد :

فى هذا الفصل سنحاول دراسة تصنيع العقارات والمبانى الجـــاهزة مما يكثر السؤال فيها. وندرس بعض العقود التى شاع التعامل بها داخليا وخارجيا .

المبحث الأول : تصنيع العقارات :

ان العقارات التى تبنى حاليا تلتبس على الكثــير .. على أن المراد منها نفس المراد بالاستصناع .. الا أنها تختلف عن الاستصناع من عـــدة امور هى :

الأول : من جهة كون المقاول يعمله فى أرض المـــالك مما لاسبيل الى رده الا بهدمه واتلافه (١) .

الثانى : انه بتجدد الاعصـــار أخذت مســـائل الاستصناع التى يلزم بناؤها على مثل ماذكره الفقهاء تختلف فى مثل هذا العقد حيث أدخلوا فيها اشياء كثيرة من الشروط والتحديدات والغرامات مما يتغير الحكم بدخولها فى عقده . أضف اليه ادخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة الجليلة والدقيقة مما قد يوجد فى بلد العقد وقد لايوجد (٢) .

⁕ أما فقهاء النظام الوضعى فقالوا (٣) : ينبغى أن يتعلق الاستصناع بتصنيع منقولات مادية . ولاتعتبر عقود استصناع : الاتفاقات التى يتعهد بمقتضاها مقاول بأن يشيد لحساب شخص ما عمل عقارى أو ثابت يلتزم بأن يقدم مواده اذ يكون حينئذ أمام مجرد استئجار للعمـــل والصناعة . فتصنيع العقارات لاينطبق عليها عقد الاستصناع فى الفقه الاسلامى والنظام الوضعى .

المبحث الثانى : تصنيع المبانى الجاهزة :

الذى أراه بالنسبة لبناء العقارات الجاهزة أو التى تسمى « **السابقة الصنع** » انها تعتبر استصناعا نظرا **لمـــا يلى :**

---

(١) احكام عقود التامين . آل محمود ص ٧٤ .

(٢) نفس المصدر السابق .

(٣) رسالة عقد الاستصناع لدانيد ص

١ ــ أنها ولو كانت فى ملك المستصنع الا أنه يمكن الفسخ والارجاع بسهولة .. وذلك بفتحها ، وارجاعها الى صاحبها عند عدم المطابقة .. كالثوب ، فانه لايصنع الا وهناك جسم بشرى يلبس عليه .. فعند المخالفة للأوصاف ينزعه ليرجعه .... فعلى هذا .. تنطبق أحكام عقد الاستصناع على المبانى الجاهزة .

٢ ــ مهما أدخل المقاولون أو الصناع أشياء جديدة أو دقيقة .. فما دام فى الامكان ارجاعها .. فلا بأس فى ذلك ولا ضير .. ولو كانت غير موجودة فى البلد الذى تعاقد عليه المتعاقدان .. فالوسائل الحديثة فى النقل ، واستعمال الآلات الكاتبة البرقية (٤) ، والحاكى ، والهاتف ، وغير ذلك من أنواع الآلات المستعملة فى الاتصال تعين كثيرا على حل مشاكل الصناعة والتجارة وغير ذلك من التعامل بين البلدان بعيدة الأطراف .. وعلى هذا تكون الصناعات التى كثرت فى بلاد المسلمين فى المبانى الجاهزة داخلة فى الاستصناع ــ والله أعلم .

* * *

---

(٤) **الآلة الكاتبة البرقية** : هى آله لنقل الرسائل وهى شبيهة بالآلة الكاتبة الى حد كبير مع اضافة نظام كهربى يحول الرسالة الى رموز برقية ، ثم تطبع حسب رموز برقية معتمدة عالميا ، وتسمى (التلكس) .

* المبحث الثالث : دراسة لبعض عقود الاستصناع المحلية والخارجية :

تمهيـــد :

هناك عقود استصناع تشهدها الساحة الاقتصادية فى جميع البلدان ومنها المملكة العربية السعودية .. لكن هذه العقود تكون غالبا على نوعين رئيسيين **هما** :

الأول : وهى ماتكون داخل البلد نفسه بين الصانع والمستصنع « التعاقد المحلى » .

الثانى : وهى ماتكون بين بلد وآخر حيث يكون الصانع فى بلد والمستصنع فى بلد آخر أو بالعكس وتسمى « التعاقد الخارجى » .

التعاقد المحلى : فهو كثير فى الحياة الاقتصادية ويتنوع الى أنواع كثيرة بحسب المادة المصنوعة ونوع الصنعة . فمن هذه العقود ماهو بسيط بين شخص (مستصنع) وآخر (صانع) بأدوات بسيطة مثلا كمن يصنع للمستصنع حذاء كالنعال الزبيرية المشهورة فهى تدخل فى هذا القسم .

وصورتها أن يذهب الشخص الى صانعها ويطلب منه أن يصنع له نعلا ويصف له نوع الجلد ونوع الخرازة التى تستعمل فى الجلد .. ونوع الجلد المستعمل بالخرازة والمقاس والعدد .. ويتفقان على السعر والمدة. وهى فى الغالب للاستعجال .. لا للامهال .. وقد يدفع له شيئا أو لايدفع.

فيأتى المستصنع ويطلب النعال المطلوب صنعها من الصانع ويأخذه فان وجده على المطلوب أعطاه باقى القيمة ان كان قد دفع شيئا أو يعطيه كل المبلغ ان لم يكن قد دفع ، فان لم يكن على المطلوب له حق الرجوع فيه ، وأخذ بدله مما يوافقه ، أو يصنع له نعلا آخر . وما تركه أخذه صانعه ليبيعه ولو بأقل السعر المطلوب منه لأنه أخطأ فى صنعه .

والا يتفقان على فسخ مابينهما من عقد وهو قليل على ماأراه من عرف سائد الآن .

وهناك تعاقد داخلى تم داخل مصر نورده **فيمايلى** :

جاء فى الفتاوى المهدية (٥) : سئل الألمعى محمد العباسى : عن حادثة من طرف قاضى الجيزة مضمونها : ادعى رجلان على آخر . أن أحدهما

---

(٥) الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية لمحمد العباسى ١٥٣/٣

اتفق معه على انشاء مركب طولهـــا ٢٧ شـــبرا كاملة الدوامس والحلق والدغة . ويكون له نصفها فى نظير مبلغ ذكره دفعه للصانع .

فأحضر الصانع مايلزم لذلك .. وبعد الابتداء فى انشائها حضر الرجل الآخر واشترى من الصانع النصف الآخر بمبلغ عينه دفعه له بشرط تتميمها على الشرط الأول وأنها الى الآن لم تتم . وبلغ مقاسها بعد تركيب أضلاعها ٢٣ شبرا . وأنهما يطلبان العامل بتتميمها وتسليمها لهما . وأنهـــا الآن موجودة بمكان كذا ..

أجاب بالاعتراف بالتوافق المذكور ، وأنه أنشأ مركبا طولها ٢٧ شبرا وآخريين طول كل واحد ٢٣ شبرا . وأنه باع نصف المركب البالغ مقاسها ٢٧ شبرا . التى أنشأها حسب التوافق مع أحدهما للآخر بالمبلغ الذى ذكره .. وأنه قبضه وأنها الى الآن لم تتم عمارتها .

فما الحكم فى هذا التوافق ؟

الجواب :

أجاب : التوافق بين اثنين على أن يصنع أحدهما مركبا ويكون نصفها للمستصنع مع بيان أوصافها ، ولم يذكر أجلا . « استصناع ان جرى به التعامل » .. والا لايصح فيفسخ . الا اذا ذكر الأجل على سبيل الاستعجال فيصح بيعا لاعدة .

وعلى فرض صحته استصناعا لايجبر أحدهما عليه .. فهو عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين بلا خلاف . حتى كان لكل واحد منهما خيـــار الامتناع من العمل .

وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك . حتى كان للصانع أن يبيعه ممن يشاء .

وأما اذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره فى ظاهر الرواية .أ.هـ .

التعاقد الخارجى (الدولى) :

ومن التعاقد بالاستصناع الذى يتم بين دولة وأخرى اخترت عقدا بين المملكة العربية السعودية ومصر العربية .. وهذا العقد تم بين مؤسسة « كرا » بجدة والمهندس صبرى عياد بالقاهرة وقد تم التعاقد باختصار على الوجه التالى :

* **الطرف الأول :** وهو المستصنع : مؤسسة كرا للمقاولات بجدة ـ المملكة العربية السعودية .

* **الطرف الثانى :** وهو الصانع : المهندس صبرى عياد . مصر العربية .

فى ١٣٩٧/١/٧ هـ ـ تم فتح اعتماد مستندى فى (البنك الأهلى التجارى فى جدة) بتعميده بفتح اعتماد مستندى غير قابل للرجوع فيه . معززا بالبريد الجوى . لأمر المهندس صبرى عياد فى القاهرة .. لحساب مؤسسة كرا للمقاولات فى جدة بمبلغ ٩٠٠ر٠٠٠ جنيه استرلينى لاغير .

وذلك قيمة استصناع حوالى ١٥ طن زائد ناقص ١٠ ٪ فورمات حديد لبناء الجسور حسب الرسومات المسلمة للصانع من قبل المستصنع.

والقيمة تدفع حسب شهادة الوزن بسعر الطن ٦٠٠ جنيه استرلينى ..... وقد وضعت على الصانع بعض الشروط التى يستوثق بها المستصنع .

من هذه الشروط : ١ ـ أن يقدم فاتورة تجارية على ثلاث نسخ . الأصلية منها مصدقة من قبل السفارة السعودية فى القاهرة والغرفة التجارية .

٢ ـ قائمة تعبئة .

٣ ـ شهادة منشأ صادرة من الغرفة التجارية .

٤ ـ شهادة وزن .

٥ ـ أن يكون عمر الباخرة الناقلة لايزيد عن ١٥ سنة من تاريخ الصنع .

٦ ـ وأن الشحن المجزأ غير مسموح به .

ولما كان فتح الاعتماد فيه من القضايا التى لها صلة بدراسة البنوك الاسلامية والتى تحتاج الى دراسة وافية ، وبيان رأى الشريعة الاسلامية فيها . كالتأمين . والنسبة المئوية كعمولة يأخذها البنك على المستصنع ، والعمولة الأخرى عن كل شهر يتأخر فيها المستصنع بالدفع . لهذا كله لم نتطرق لهذا التعاقد .. بل نلمح له تلميحا كمثال على الواقع .

* الفصل التاسع : ماينتهى به عقد الاستصناع :

بعد أن عرفنا ان عقد الاستصناع من عقود المعاوضات المسماة ذات الشخصية المستقلة عند الحنفية .. فهو ينتهى بما تنتهى بهذه العقود .. من وفاءالمتعاقدين بالالتزامات المتبادلة التى يحتمها العقد **وهى :**

أ ــ من جهة الصانع :

١ ــ القيام بالصنع للمادة الخام التى تكون عليه .

٢ ــ تسليم المطلوب صنعه الى المستصنع .

٣ ــ استلام الثمن المتفق عليه بينهما .

ب ــ من جهة المستصنع :

١ ــ اعطاء المواصفات المطلوبة للصنع الى الصانع عند التعاقد .

٢ ــ استلام المطلوب صنعه .

٣ ــ دفع الثمن للصانع .

هذا كله عند اتمام الصنع على وفق الأوصاف المطلوبة ورضا المستصنع بها على الراى القائل .. بأن الاستصناع عقد غير لازم .

وحتمية تنفيذ الالتزام عند من يرى أن الاستصناع عقد لازم كما تكلمنا من هذا فيما سبق .

٤ ــ الاقالة من العقد من أحد المتعاقدين للآخر عند من يرى أن الاستصناع من العقود اللازمة .

* **موت الصانع :** ينتهى عقد الاستصناع أيضا بموت الصانع خلافا لعقد البيع الذى لايبطل بموت البائع وهو الذى يقابل الصانع فى عقد الاستصناع .

* **وجه هذا الراى :** آلاستصناع له شبه بالاجارة من جهة أنه يبدأ وكأنه عقد اجارة . وينتهى على أنه بيع . حيث أن الصورة الواقعية له : أن المستصنع يطلب من الصانع صنع المطلوب فهو عقد اجارة قبل الصنع وقبل التسليم .

فاذا ماتم الصنع واراد الصانع تسليم المطلوب صنعه للمستصنع ، فانه يأخذ الثمن المتفق عليه « الذى يشمل قيمة المادة الخام + أجرة الصنع » فهو بيع . فاذا مات الصانع فكأنه لازال فى مرحلة الاجارة .. والاجارة تبطل بموت العامل .

وجاء فى البدائع (١) : بأن مما ينتهى به عقد الاجارة موت من وقع له الاجارة الا لعذر .. والكلام على كيفية بطلان الاجارة بموت العامل يتطلب منا بيان ذلك :

الاجارة عند الحنفية تنعقد ساعة بعد ساعة على وفق حدوث المنافع شيئا فشيئا .. واذا كان كذلك فما يحدث من المنافع فى يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها .

والملك صفة الوجود لا العدم .. فلا يملكها الوارث ، اذ أن الوارث انما يملك ماكان على ملك المورث .. فما لم يملكه يستحيل وراثته .. بخلاف بيع العين لأن العين ملك قائم لنفسه ، ملكه المورث الى وقت الموت ، فجاز أن ينتقل الى الوارث .. ولأن المنافع لاتملك الا بالعقد ، وما يحدث منها فى يد الوارث لم يعقد عليها ..فلا يثبت الملك فيها للوارث.. والأصل أن الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد .

وصلة هذا بالاستصناع من جهة أن الصانع عندما يحول المادة الخام الى المطلوب صنعه .. هذا العمل منفعة قدمها للمستصنع فهو « الصانع » عامل من هذه الجهة قبل التسليم .. فلهذا يبطل الاستصناع بموت الصانع . والله اعلم .

* * *

---

(١) البدائع ٢٦٧٢/٦ ومابعدها .

الخاتمـــــة

وبعد أن فرغت بعون الله وتوفيقه مما أردت بيانه .. وبقى على ان اختم رسالتى هذه ببيان أهم ماجاء فيها فى النقاط الموجزة **الآتية** :

بحثت فى الباب التمهيدى ثلاثة مواضيع .. أردت بالموضوع الأول.. عرض عام لموقف الشريعة الاسلامية من العمل والصناعات ، واعطاء فكرة تاريخية عن الاستصناع وانتهيت الى أن الاستصناع كان موجودا منذ القدم والى الآن .. وان الشريعة الاسلامية ماجاءت لتقضى على كل عادات ومعاملات الجاهلية قبل الاسلام .. بل منعت بعضها واقرت البعض الآخر مما هو صالح ، واشترطت على البعض الآخر شروطا تقوم ماهى عليه ليوافق الشريعة الاسلامية .. ولهذا كان الاستصناع من العقود التى أقرها الاسلام بشروط مخصوصة معينة سنذكرها — ان شاء الله .. لهذا كان عقد الاستصناع عقدا لا وعدا عند جمهور فقهاء الحنفية .. فأردت فى الفصل الثانى بيان موقف الشريعة الاسلامية من العقود التى يتم ربطها بين اطراف المتعاقدين فبحثت مدى حرية المكلف فى انشاء العقود ، وانتهيت الى أن المكلف له حرية التعاقد بشرط عدم وجـود مانع شرعى من نص أو اجماع .. فعقد الاستصناع جائز من هذه الجهة ..

وفى النظام الوضعى درست رأيه فى مبدأ سلطان الارادة وهو يتفق مع ماقررته الشريعة الاسلامية فى حرية المكلف بشرط عدم وجـود مانع شرعى ..

أما الموضوع التمهيدى الثالث .. فقد كان التعاقد على المعدوم وهو موضوع له صلة برسالتى هذه حيث ان موضوع رسالتى يتم التعاقد فيه على معدوم .. وبينت رأى الشريعة الاسلامية فى التعاقد على المعدوم.. وآراء الفقهاء فيه وناقشتها وانتهيت الى ان التعاقد على المعدوم ليس العلة فى منعه كونه معدوما .. بل لعلة أخرى كما يراها ابن القيم وهى الغرر او الجهالة المفضية للنزاع مثلا .. ثم ان الاستصناع كما يرى الحنفية ، ولو أنه معدوم .. الا انه كالموجود حكما وذلك **مثل** : الطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات .

وقسمت الرسالة الى ستة أبواب ، وفى كل باب فصولا تتعلق به وهى مايلى :

الباب الأول : استعرضت فيه مفهوم عقد الاستصناع عند أهل اللغة والفقهاء المسلمين وأصحاب النظم الوضعية .. وبعد استعراض تعريفات الفقهاء ومناقشتها .. اخترت التعريف التالى للاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول وهو : « عقد على مبيع فى الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص » .. أما أصحاب الاتجاه الثانى : فقد اخترت لهم تعريفا للاستصناع عند كل واحد منهم ، وأساس التعريف عند أصحاب الاتجاه الثانى مأخوذ من السلم عندهم .. لأن أصحاب الاتجاه الثانى : (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة) يعتبرون الاستصناع داخلا ضمن أحكام السلم مع اختلاف بسيط ذكرناه مفصلا فى موضعه .. ثم بينا تعريف الاستصناع عند النظام الوضعى .. وفى هذا الباب درست مسألة اختلف فيها فقهاء الحنفية وهى : هل الاستصناع عقد أم وعد ؟ ورجحت الأخذ برأى جمهور الحنفية على أن الاستصناع عقد وليس بوعد .. ولما كان عقدا درست فى الفصل الثالث العقد بصورة عامة : تعريفه والعلاقة بين العقد والتصرف ثم درست العقود تقسيماتها عند الفقهاء وقارنت بينها وكان مما اخترت له فى هذا تقسيم للحنفية وآخر للحنابلة .

وفى الباب الثانى : درست مشروعية الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول (الحنفية) ورجحت جوازه ، وبينت أدلة الجواز وحكمة المشروعية.. أما حكمه عند أصحاب الاتجاه الثانى (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة) فلم يكن مستوفيا للبحث عندهم .. الا أنى بقدر من العلم استطعت معرفة حكمه عندهم .. فالمالكية : شبهوا الاستصناع بالسلم فجوزوا السلم بالصناعات كغيرهم من الفقهاء .. وأما الشافعى : فجوز استصناع السلعة ان كانت من مادة واحدة .. أما ان كانت أكثر من ذلك فقد اشترط لجوازها ضبط المواصفات منعا للغرر المؤدى للنزاع .. أما الحنابلة : فقد منعه عندهم صراحة القاضى وأصحابه .. لكنهم أجازوا السلم بالصناعات .. فجميع أصحاب الاتجاه الثانى جوزوا السلم بالصناعات .. لذا درست حكم السلم عندهم وحكمة المشروعية وشروط السلم . وبينت رأى الظاهرية فيه ورأى الشيعة الجعفرية باختصار لعدم وجود أدلة فى كتبهم التى عثرت عليها واطلعت .

ودراسة عقد الاستصناع كعقد مستقل لم تظهر واضحة الا عند الحنفية .. لذا أصبحت دراستى للاستصناع بعد هذا الباب فى أكثر فصوله خاصة بالحنفية .

ففى الباب الثالث : درست تكييف عقد الاستصناع .. فمنهم من راى أنه بيع ، ومنهم من رأى أنه اجارة ، ومنهم من راى غير ذلك .. فرجحت من يرى أن الاستصناع بيع فقد بعض مستلزمات البيع المطلق .. وبينت ماهى المستلزمات التى فقدها . ثم بينت تكييفه عند أصحاب النظام الوضعى ، ومايقابل هذا التكييف فى الشريعة الاسلامية .

اما الباب الرابع : كان البحث فيه عن المقومات والشروط .. فالمقومات منها العام لكل عقد وهو مابيناه بصورة مختصرة وركزنا على ماالتفق عليه الفقهاء على انه ركن للعقد وهو الصيغة .. وبينا المراد منها عند الفقهاء جميعا .. ثم ذكرنا أركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى .. أما الشروط فقد تكلمت عنها فبدأت بالشروط العامة للاستصناع وغيره عند الفقهاء جميعا .. وسرت على أساس تقسيم الشروط الى مايلى :

شروط الانعقاد ، شروط اللزوم ، شروط الصحة ، شروط النفاذ .

وكل واحد من هذه التقسيمات له شروط خاصة به وبينت راى الفقهاء عند اصحاب الاتجاهين الأول والثانى فى هذه الشروط ثم تكلمت عن الشروط الخاصة للاستصناع وقلت أنها عند الحنفية ثلاثة : الأول : أن يكون المستصنع فيه معلوما .. فتكلمت عن مفهوم المستصنع فيه (المعقود عليه) وبينت الخلاف فيه ورجحت ان المعقود عليه فى الاستصناع هو العين لا العمل .. وعن الشرط الثانى : الذى يرى فيه الحنفية أن يكون مما يجرى فيه التعامل .. وفى هذا الشرط تكلمت عن مفهوم التعامل بين‌الناس وعن التعامل والقياس اذا تعارضا .. أما شرط التعامل فى الاستصناع : فقدبينت أن هذا الشرط هو ارتكاز عقد الاستصناع .. فلابد أن يكون الاستصناع مما يجوز التعامل به وهو الأصح عند جمهور الحنفية .. وعن والاستصناع عقد على مبيع فهو نوع بيع .. وعقد البيع عقد لازم .. الشرط الثالث : (ضرب الأجل فى الاستصناع) تكلمت فى البداية عن مفهوم الاجل عند الحنفية ، وما المراد منه ؟ ورجحت ان الاجل يراد به عند اطلاقه الشهر فما فوق ، سواء بالسلم أم بالاستصناع ، وبينت خلاف الحنفية فى اشتراط ضرب الأجل ، ورجحت العمل بجواز ضرب الأجل . اذ أن الاجل اذا ضرب فى الاستصناع لايغير معناه الى سلم .. فهو باق على معناه الأصلى وهو راى الصاحبين .. اما شروطه الخاصة فى النظام الوضعى فهى شروط المقاولة .

وفى الباب الخامس : درست اللزوم وعدمه فى عقد الاستصناع فقسمت الباب الى ستة فصول : بحثت فى الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة .. علما بأن هذا اللفظ اصطلاح حديث .. الا انى اردت وضع الاستصناع فى موضعه المناسب . فالمعروف مثلا : ان عقد البيع عقد مسمى ومشهور بهـذا الاسـم وورد ذكره فى القـرآن الكريم .. والاستصناع عقد على مبيع فهو نوع بيع .. وعقد البيع عقـد لازم .. لذا اردت بهذا الفصل معرفة اللزوم والالتزام فى الشريعـة الاسـلامية فوصلت الى أن اللزوم هو من الشرع ، والالتزام من الانسان نفسه ، وبمثل هذه الدراسة كان البحث فى النظام الوضعى .. وفى الفصـل الثـانى : قسمت العقود بالنسبة للزوم وعدمه وكانت تسعة عقود والعاشر هـو الاستصناع .. هل هو لازم أم غير لازم .. فابو يوسف ومحمد يعتبرانه لازما فى حالة رؤية المستصنع للشيء المصنوع .. فى حين نجد ابا حنيفة يعتبره غير لازم والمجلة العدلية اعتبرته عقدا لازما منذ البـداية وحتى النهاية .. وبما ان عقد الاستصناع وبعد التوافق بين الطرفين يمر بثلاث مراحل .. لذا اعطيت كل مرحلة من هذه المراحل حقها من البحث وركزت على مسالة اللزوم وعدمه فى هذه المراحل بالنسبة للصانع والمستصنع ، وبينت خلاف الحنفية فى هذه المراحل .. وفى الفصل الرابع : ابرزت رايا مستقلا عند فقهاء الحنفية يرى أن الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته ، وأوردت مانوقش به هذا الراى ووصلت الى نتيجة وهى ان العقد يصير لازما اذا ماأتى الصانع بما استصنع موافقا للمواصفات المطلوبة .. اما قوله بأنه لازم منذ بدايتـه .. فهـو راى مرجوح .. وفى الفصل الخامس تكلمت عن الآثار المترتبة على العقد من حيث ملك الثمن والمستصنع فيه .. وبينت ان هذا الملك يكون غير لازم لأن الاستصناع عقد غير لازم ، ومايملكانه انما يملكانه ملكا غير لازم على راى من يرى أن الاستصناع عقد غير لازم .. وفى النظام الوضعى بينت هـذا الموضوع عندهم ووصلت الى ان عقد الاستصناع عقد لازم فى النظام الوضعى .. مع اعطاء حق الفسخ للمستصنع دون الصانع كراى بعض الحنفية الذى اوردناه فى هذا الباب .

وفى الباب السادس : جمعت أمورا تتعلق بعقد الاستصناع ، واكثرها تتعلق بانتهاء وانهاء العقد .. فخيارى الرؤية والعيب لهما تعلق كبير فى الاستصناع من حيث ثبوت هذين الخيارين فيـه .. لذا تكلمت عنهما من

حيث ثبوتهما وشروطهما ومسقطات كل منهما .. وبينت بعد ذلك نظرة النظام الوضعى لخيار الرؤية والعيب ، ووصلت الى أن هذا الموضوع ليس له نظير فى النظام الوضعى الغربى .. وفى الفصل الرابع : تكلمت عن مسألة يكثر حصولها فى العقود وهى التنازع بين أطراف التعاقد .. فأبنت أن حل التنازع فى هذا العقد يسرى عليه مايسرى على عقود المعاوضات المالية من أصول المحاكمات والمرافعات .. وفى الفصل الخامس درست الظروف الطارئة التى لها تعلق بعقد الاستصناع فعرفت: انه لاحاجة لنا فى اللجوء الى استعمالها هذا على القول الراجح : فى ان الاستصناع عقد غير لازم..ويمكن اللجوء اليها عند الأخذ فى القول المرجوح الذى يرى أنه عقد لازم .. وفى الفصل السادس : درست شرطا من الشروط لم يكن معروفا بهذا الاسم عند فقهائنا الأقدمين وهو **الشرط الجزائى** فنتج عن هذه الدراسة .. أنه يمكن الأخذ به .. لأن من الاشياء فجميع أصحاب الاتجاه الثانى جوزوا السلم بالصناعات .. لذا درست التى جعلتنا نرجح الأخذ به .. هو دفع الضرر ومنع تفويت المنافع ، وسد أبواب الفوضى والتلاعب بحق العباد ، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود .. وكان اعتمادى فى هذا على فتوى **هيئة كبار العلماء فى المملكة العربية السعودية** .. ومن آراء المعاصرين فى عقد الاستصناع اخترت مادرسه الشيخ / عبد الله آل محمود عن الاستصناع ونقلت ماقاله مع بعض التحفظات على ماقال به .. أما فى الفصل الثامن : فكانت دراسة تطبيقية على عقد الاستصناع فى الداخل (المحلى) وفى الخارج (الدولى) أردت بهذا التطبيق اعلام القارىء الكريم بأن مثل هذا موجود فى الحياة الاقتصادية داخليا وخارجيا ومما درسته تصنيع العقارات فوصلت الى نتيجة تقول ان تصنيع العقارات ليس داخلا فى عقد الاستصناع .. اما تصنيع المبانى الجاهزة (السابقة الصنع) فهى داخلة فى عقد الاستصناع وذلك لعدة أسباب منها : ان هذا التصنيع لايختلف عن تصنيع الثياب ، والخفاف حيث أنه يمكن لأى خلل فى المبانى الجاهزة ارجاعها للصانع بسهولة ، وبدون مضرة .. وبانتهاء هذا البحث نأتى على نهاية الكلام عن عقد الاستصناع بالفصل التاسع حيث أبنت فيه ماينتهى به عقد الاستصناع سواء من جهة الصانع او من جهة المستصنع .

* * *

« ثبت المراجـــع »

اولا : التفسير :

١ ـ احكام القرآن ـ ابو بكر احمد بن على الرازى الجصاص ـ توفى سنة ٣٧٠ هـ ـ دار المصحف ـ القاهرة ـ تحقيق محمد الصادق ممحاوى .

٢ ـ تفسير القرآن الكريم ـ (المسمى انوار التنزيل واسرار التأويل)ـ ناصر الدين ابو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازى البيضاوى (٧٩١ هـ) ـ دار المعهد الجديد للطباعة ـ القاهرة ـ ١٣٨٠ هـ ـ.

٣ ـ تيسير العلى القدير لاختصار تفسير ابن كثير ـ محمـــد نسيب الرفاعى ـ الطبعة الأولى ـ بيروت ـ ١٣٩٢ هـ .

٤ ـ جامع البيان عن تأويل آى القرآن ـ ابو جعفر محمـــد بن جرير الطبرى (٣١٠ هـ) ط ٢ سنة ١٣٧٣ هـ . مطبعة البابى الحلبى ـ القاهرة .

ثانيا : السـنة :

١ ـ ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى ـ شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلانى (٩٢٣ هـ) المطبعة الميمنية ـ القاهرة (١٣٢٧ هـ) مع تحفة البارى لزكريا الانصارى مع شرح النووى على مسلم .

٢ ـ التاج الجامع الأصول فى احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ـ أبو السعادات مبارك بن محمد بن الأثير (٦٠٦) ط ٣ (١٣٨١ هـ). ومعه غاية المـأمول شرح التاج الجامع الأصول .

٣ ـ سنن ابن ماجه ـ الحافظ ابو عبـد الله محمد بن يزيد بن ماجـه القزوينى (٢٧٥هـ) م الباب الحلبى ـ القاهرة (١٣٧٣هـ) تحقيق محمود فؤاد عبد الباقى .

٤ ـ سنن أبى داود ـ الحافظ ابو داود سليمان بن الأشعث السجستانى (٢٧٥ هـ) ـ م السعادة (١٣٦٩ هـ) .

٥ ـ سنن النسائى :
للحافظ أبو عبد الرحمن بن شعيب بن على النسائى (٣٠٣) المطبعة الهندية . ومعه شرح السيوطى وحاشية السندى .

٦ ـ عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى ـ أبو بكر محمد بن عبدالله ابن العربى (٥٤٣هـ) م دار العلم ـ دمشق .

٧ ـ فتح البارى بشرح صحيح البخارى ـ أحمد بن على بن حجر العسقلانى (٨٥٢ هـ) م السلفية .

٨ ـ كتاب الاعتبار فى بيان الناسخ والمنسوخ من الآثار ـ ابو بكر محمد ابن موسى بن عثمان بن حازم الهمذانى (٥٨٤هـ) م الأندلس ـ حمص . ط ١ (١٣٨٦ هـ)

٩ ـ مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذرى ـ تحقيق محمد ناصر الالبانى ـ ط ١ (١٣٨٨ هـ) باشراف الدار الكويتية للطباعة ـ الكويت .

١٠ـ مسند الامام أحمد ـ أحمد بن حنبل (٢٤١ هـ) وبهامشه منتخب كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال م بيروت ـ المكتب الاسلامى . دار صادر .

١١ـ منتقى الأخبار لشيخ الاسلام ابن تيمية مجد الدين عبد السلام ابن عبد الله الحرانى (٦٢١ هـ) مع نيل الأوطار .

١٢ـ نصب الراية الى تخريج أحاديث الهداية ـ جمال الدين محمد بن عبد الله بن يوسف الزيلعى (٧٦٢ هـ) ط ١ (١٣٥٧ هـ) م دار المأمون ـ القاهرة.

١٣ـ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ـ محمد بن على بن محمد الشوكانى (١٢٥٠ هـ) ط الأخيرة م البابى الحلبى ـ القاهرة .

١٤ـ النهاية فى غريب الحديث والأثر ـ مجد الدين أبو السعادات المبارك ابن محمد الجزرى (ابن الأثير) (٦٠٦ هـ) . م دار احياء الكتب العربية ـ القاهرة .

ثالثا : كتب الفقه الاسلامى :

١ ـ المذهب الحنفى :

١ ـ اختلاف ابى حنيفة ، وابن ابى ليلى ـ أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم الأنصارى (١٨٢ هـ) ط ١ م الوفاء ـ القاهرة (١٣٥٧ هـ) .

٢ ــ الاختيار لتعليل المختار ــ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى ــ م البابى الحلبى ط ٢ (١٣٧٠ هـ) .

٣ ــ الأشباه والنظائر ــ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم المصرى (٩٧٠ هـ) تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل ــ م الحلبى ــ القاهرة (١٣٨٧ هـ) .

٤ ــ الاشراف على مسائل الخلاف والاجماع لأبى بكر بن المنذر (٣٠٩ هـ أو ٣١٠ هـ) ــ **مخطوطة مصورة** عن الأصل فى الرباط الأحمدى بالمدينة المنورة تحت رقم (٢٨٩) وهى موجودة فى مكتبة الموسوعة الفقهية فى وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية ــ الكويت .

٥ ــ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ــ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاسانى (٥٨٧ هـ) م الامام ــ القاهرة .

٦ ــ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ــ فخر الدين عثمان بن على الزيلعى (٧٤٢ هـ) ط الثانية م الأميرية (١٣١٤ هـ) .

٧ ــ تحفة الفقهاء ــ علاء الدين السمرقندى (٥٣٩ هـ) م جامعة دمشق ــ ط ١ (١٣٧٧ هـ) .

٨ ــ جامع الصدر الشهيد فى ترتيب الجامع الصغير للامام محمد بن الحسن الصدر الشهيد ــ حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخارى (٥٣٦ هـ) ــ **مخطوط رقم (٧٠)** فى المكتبة المركزية ــ بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

٩ ــ حاشية بغية الألمعى فى تخريج الزيلعى على نصب الراية للزيلعى ــ ط ١ (١٣٥٧ هـ) ــ م دار المأمون ــ القاهرة .

١٠ ــ حاشية الدرر على الغرر ــ أبو سعيد محمد بن مصطفى بن عثمان الخادمى م دار السعادة التركية ــ مطبعة عثمانية (١٣١٠ هـ) .

١١ ــ حاشية رد المحتار على الدر المختار ــ شرح تنوير الأبصار ــ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهير (بابن عابدين) ١٢٥٢ هـ . ط ٢ (١٣٨٦ هـ) م الحلبى ــ القاهرة .

١٢ ــ حاشية سعدى جلبى (٩٤٥ هـ) على العناية والهداية ــ مطبوع على هامش شرح فتح القدير . ط ١ (١٣١٦ هـ) م بولاق ــ القاهرة.

١٣ـ حاشية الطحطاوى على الدر المختار ـ أحمد الطحطاوى الحنفى ـ م بيروت (١٣٩٥ هـ) .

١٤ ـ الدرر الحكام فى شرح غرر الحكام ـ محمد بن فراموز الشهير بمنلاخسرو (٨٨٥ هـ) ومعه حاشية الشرنبلالى (١٠٩٦ هـ) . م أحمد كامل (١٣٣٠ هـ) .

١٥ـ رسالة العرف مع مجموعة الرسائل لابن عابدين محمد أمين بن عمر ابن عبد العزيز (١٢٥٢) هـ ـ م سى (١٣٢٥ هـ) .

١٦ـ رمز الحقائق فى شرح كنز الدقائق ـ بدر الدين أبو محمد محمود ابن أحمد بن موسى العينى (٨٥٥هـ)م الأميرية ـ القاهرة (١٢٨٥هـ).

١٧ـ العناية ـ أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى (٧٨٦ هـ) مع شرح فتح القدير ـ ط ١ (١٣١٦ هـ) . م بولاق ـ القاهرة .

١٨ـ الفتاوى الأسعدية ـ أسعد المدنى الحسينى (١١١٦ هـ) م الخيرية

١٩ـ الفتاوى الغياثية ـ داود بن يوسف الخطيب ـ ط ١ م بولاق ـ القاهرة (١٣٢٢ هـ) . وبهامشها فتاوى ابن نجيم صاحب البحر الرائق .

٢٠ ـ الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية ـ محمد العباسى ـ م الأزهرية ط ١ (١٣٠١ هـ) .

٢١ـ الفتاوى الهندية تعرف بالعالمكريه ـ السلطان أبو المظفر محيى الدين محمد أوزبك (١٠٧٠ هـ) م بولاق ـ القاهرة ـ ط ٢ (١٣١٠هـ) بهامشها الفتاوى البزازية المسماة (الجامع الوجيز) محمد بن محمد ابن شهاب المعروف بابن البزاز الكردى (٨٢٧ هـ) .

٢٢ـ شرح فتح القدير ـ كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام (٨٦١ هـ) ط ١ (١٣١٦ هـ) م بولاق ـ القاهرة .

٢٣ـ المبسوط ـ شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسى (٤٣٨هـ) م . دار المعرفة بيروت ـ ط ٢ .

٢٤ـ الهداية مع شرح فتح القدير ـ على بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغينانى (٥٩٣ هـ) ط ١ (١٣١٦ هـ) م. بولاق ـ القاهرة .

٢ ـ الفقه المـــالكى :

١ ـ الاشراف على مسائل الخلاف ـ للقاضى عبد الوهاب بن على بن نصر البغدادى المـــالكى (٤٢٢ هـ) م الادارة ـ القاهرة .

٢ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد ابن أحمد بن رشد القرطبى (٥٩٥ هـ) ط ٣ (١٣٧٩ هـ) م الحلبى القاهرة .

٣ ـ التاج والاكليل لمختصر خليل ـ أبو عبد الله محمد بن يوسف العيدرى الشهير بالمواق (٨٩٧هـ) مع مواهب الجليل للحطاب ـ م مكتبة النجاح ـ ليبيا ـ طرابلس .

٤ ـ حاشية الصاوى ـ أحمد بن محمد الصاوى المـــالكى (١٢٤١ هـ) مع الشرح الصغير للدردير ـ م دار المعارف ـ القاهرة (١٩٧٣م)

٥ ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير شمس الدين محمد بن أحمد عرفة الدسوقى (١٢٣٠هـ) م المكتبة التجارية الكبرى ـ بيروت

٦ ـ حاشية الرهونى على الزرقانى ـ محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهونى بهامشها حاشية محمد بن المـــدنى . ط ١ م. بولاق ـ القاهرة (١٣٠٦هـ) .

٧ ـ الشرح الصغير على اقـــرب المســـالك الى مذهب الامام مالك ـ أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمـــد العدوي الشـــهير بالدردير (١٢٠١ هـ) م. دار المعارف ـ القاهرة (١٩٧٣ م) .

٨ ـ الفروق ـ شهاب الدين ابو العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشـــهور بالقرافى (٦٨٤ هـ) ط أولى ـ ١٣٤٦ هـ ـ القاهرة .

٩ ـ المدونة الكبرى ـ رواية سحنون بن ســـعيد التنوخى عن الامام عبد الرحمن بن القاسم ـ ط أولى (١٣٢٣ هـ) م السعادة .

١٠ـ المقدمات الممهدات لبيان مااقتضته رســـوم المـــدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات الشرعيات لأمهـــات مسائلهـــا المشكلات ـ ابو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (٥٢٠هـ) م السعادة.

١١ـ الموافقات فى أصول الشريعة ـ لأبى اسحق الشاطبى ابراهيم ابن موسى اللخمى الغرناطى (٧٩٠ هـ) م المكتبة التجارية ـ القاهرة.

١٢ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ـ ابو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسى المغربى المعروف بالحطاب (٩٥٤ هـ) م النجاح ـ طرابلس ـ ليبيا .

٣ ـ الفقه الشافعى :

١ ـ الأشباه والنظائر . جلال الدين ابو الفضل عبد الرحمن بن ابى بكر السيوطى (٩١١ هـ) م الحلبى ـ القاهرة (١٩٣٨ م) .

٢ ـ الأم ـ ابو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان الشافعى (٢٠٤ هـ) م بولاق ـ القاهرة (١٣٢٩ هـ) .

٣ ـ تحفة المحتاج شرح على المنهاج ـ ابو العباس شهاب الدين أحمد ابن محمد بن حجر الهيثمى (٩٧٤ هـ) م مصطفى محمد (١٣٠٤ هـ) .

٤ ـ الحاوى للفتاوى ـ جلال الدين عبد الرحمن ابو بكر محمد السيوطى (٩١١ هـ) م السعادة ـ القاهرة ـ ط ٣ (١٩٥٩ م) .

٥ ـ روضة الطالبين ـ ابو زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى (٦٧٦ هـ) م المكتب الاسلامى ـ دمشق .

٦ ـ شرح المنهاج لجلال الدين محمد بن احمد المحلى .

٧ ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ـ ابويحيى زكريا بن محمد الأنصارى (٩٢٥ هـ) م الحلبى ـ القاهرة ـ (١٣٥٣ هـ) .

٨ ـ قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ـ عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠ هـ) ـ هـ ١٣٥٣ هـ ـ م الاستقامة ـ القاهرة .

٩ ـ المجموع شرح المهذب ـ ابو زكريا محيى الدين بن شرف النووى (٦٧٦ هـ) م التضامن الأخوى ـ القاهرة (١٣٥٢ هـ) .

١٠ـ المجموع للنووى ـ التكملة الثانية للمجموع ـ محمـد بن نجيب المطيعى م الامام ـ القاهرة .

١١ـ مختصر المزنى على هـامش كتاب الأم ـ ابو ابراهيم اسـماعيل ابن يحيى بن اسماعيل المزنى (٢٦٤ هـ) م بولاق ـ القـاهرة ـ (١٣٢٩ هـ) .

١٢ـ المهذب ـ أبو اسحق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازى (٤٧٦ هـ) م الحلبى ـ القاهرة .

١٣ـ النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب ـ محمد بن احمد بن بطال الركبى ـ م الحلبى ـ القاهرة . مع المهذب الشيرازى .

١٤ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ـ شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة الرملى (١٠٠٤ هـ) م الحلبى ـ القاهرة (١٣٥٧ هـ) بهامشها حاشية على نهاية المحتاج ـ على بن على الشبراملى (١٠٨٧ هـ) .

١٥ـ الوجيز فى فقه الامام الشافعى ـ أبو حامد محمد بن محمد الغزالى (٥٠٥ هـ) م الآداب والمؤيد ـ القاهرة (١٣١٧ هـ) .

٤ ـ الفقه الحنبلى :

١ ـ أعلام الموقعين عن رب العالمين ـ ابن القيم الجوزية (٧٥١ هـ) تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل م دار الكتب الحديثة ـ القاهرة (١٣٨٩ هـ) .

٢ ـ الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمـد ابن حنبل علاء الدين أبو الحسن بن سـليمان المرداوى . ط ١ (١٣٧٥ هـ) م السنة المحمدية ـ القاهرة .

٣ ـ تصحيح الفروع ـ علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرداوى الصالحى (٨٨٥ هـ) مراجعة عبد الستار أحمد فراج ـ مع الفروع ط ٢ ـ م دار السعادة ـ القاهرة .

٤ ـ الشرح الكبير على متن المقنع ـ شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن ابن أبى عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسى (٦٨٢ هـ) ط ١ ، ٢ (١٣٤٦ هـ ، ١٣٤٧ هـ) م المنار ـ القاهرة .

٥ ــ الفروع ــ شمس الدين المقدسى أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسى (٧٦٢ هـ) ط ٢ ــ م دار مصر للطباعة ــ القاهرة ــ مراجعة عبد الستار احمد فراج .

٦ ــ القواعد النورانية الفقهية ــ شيخ الاسلام أبو العباس تقى الدين احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله المعروف بابن تيمية (٨٢٧ هـ) تحقيق محمد حامد فقى ــ ط ١ ــ ١٣٧٠ هـ ــ م السنة المحمدية ــ القاهرة .

٧ ــ الكافى ــ موفق الدين ابو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (١٢٠ هـ) ط ١ (١٣٨٢ هـ) منشورات المكتب الاسلامى ــ دمشق.

٨ ــ كشاف القناع على متن الاقناع ــ منصــور بن يونس بن ادريس البهوتى (١٠٥١ هـ) م الحكومة ــ مكة (١٣٩٤ هـ) .

٩ ــ المغنى مع الشرح الكبير ــ ابو محمد عبد الله بن أحمد بن محمــد ابن قدامة (٦٢٠ هـ) ط ١ ، ٢ (٣٤٦ هـ) ، (١٣٤٧ هـ) م المنار ــ القاهرة .

١٠ــ المقنع ــ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٦٢٠ هـ) ط (١٣٢٢ هـ) م المنار الاســلامية ــ القــاهرة ــ مع حاشية على المقنع لأحدهم (لم يذكر اسمه) .

٥ ــ مؤلفات حديثة :

١ ــ الاجارة ــ مصطفى كمال وصفى ــ بحث **مطبوع على الآلة الكاتبة فى مكتبة** موسوعة الفقــه الاســلامى فى وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية ــ الكويت .

٢ ــ احكام عقود التأمين ــ عبد الله بن زيد آل محمود ــ م قطر الوطنية (١٣٩٣ هـ) .

٣ ــ اشتراكية الاسلام ــ مصطفى السباعى ــ ط ٢ (١٩٦٠ م) م دار المطبوعات العربية ــ دمشق .

٤ ــ الاقتصاد الاسلامى (مذهبا ونظاما) دراسة مقارنة . ابراهيم الطحاوى م الأميرية القاهرة سنة ١٣٩٤ هـ .

٥ ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ على حيدر ــ تعريب فهمى الحسينى ــ م بيروت .

٦ ــ شرح المجلة ــ سليم رستم باز اللبنانى ــ ط ٣ م الأدبية ــ بيروت (١٩٣٢ م) .

٧ ــ العرف والعادة فى رأى الفقهاء ــ احمد فهمى أبو سنة ــ م الأزهر (١٩٤٩ م) .

٨ ــ الغرر أثره فى العقود فى الفقه الاسلامى ــ الصديق محمد الأمين الضرير ط ١ (١٣٨٦ هـ) .

٩ ــ مجلة الأحكام العدلية ــ ط ٥ (١٣٨٨ هـ) م شعاركو .

١٠ــ مختصر أحكام المعاملات ــ على الخفيف ــ ط ٤ (١٣٧١ هـ) م السنة المحمدية ــ القاهرة .

١١ــ المدخل الفقهى العام ــ مصطفى أحمد الزرقا م الف باء ــ دمشق ــ ط ٩ (١٩٦٧ م) .

١٢ــ المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ــ محمد الحسينى الحنفى ــ م دار النهضة العربية ــ القاهرة ــ ط ٣ (١٩٧٤ م) .

١٣ــ مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ــ محمد قدرى باشا ــ ط ١ (١٣٣٨ هـ) م المكتبة المصرية ــ القاهرة .

١٤ــ مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ــ د . عبد الرازق السنهورى ــ م دار المعارف ــ القاهرة (١٩٦٨ م) .

١٥ــ المعاملات الشرعية المالية ــ أحمد ابراهيم بك ــ م النصر ــ القاهرة (١٣٥٥ هـ) .

١٦ــ المعاملات فى الشريعة الاسلامية والقوانين العربية ــ أحمد أبو الفتح ط ١ (١٣٣٢ هـ) م البسفور ــ القاهرة .

١٧ــ المعاملات الضرورية فى المعاملات الشرعية ــ محمد عارف الجويجانى ط ١ . م الترقى ــ دمشق (١٣٤٥ هـ) .

١٨ــ مناهج الاجتهاد فى الاسلام فى الأحكام الفقهية والعقائدية ــ د . محمد سلام مدكور . ط ١ (١٩٧٣ م) م العصرية ــ الكويت .

١٩ــ الموسوعــــة الفقهيـة المصرية ــ المجلس الأعلى للشئون الاسلامية (١٣٨٦ هـ) م دار التحرير ــ القاهرة .

٢٠ــ النظام الاقتصادى فى الاســـلام ــ تقى الدين النبهـــانى ــ ط ٣ (١٣٧٢ هـ) .

٢١ــ نظرية الشروط المقترنة بالعقد فى الشريعة والقانون ــ زكى الدين شعبان ط ١ (١٩٦٨ م) م دار النهضة العربية القاهرة .

رابعا : أصول الفقه :

١ ــ الأحكام فى أصـــول الأحكام ــ أبو محمــــد على بن حزم الاندلسى الظاهرى (٤٥٦ هـ) ط ١ (١٣٤٧ هـ) . م السعادة ــ القاهرة .

٢ ــ اصول مذهب الامام احمد بن حنبل (دراسة أصولية مقـــارنة) . د. عبد الله عبد المحسن التركى . م جامعة عين شمس (١٩٧٤م).

٣ ــ روضة الناظر وجنة المناظر ــ الامام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة . (٦٢٠ هـ) م السلفية ــ القاهرة (١٣٨٥ هـ) ،

٤ ــ القياس فى الشرع الاسلامى ــ شيخ الاسلام ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم ــ م السلفية ــ القاهرة (١٣٨٥ هـ) .

٥ ــ ملخص ابطال القياس والراى والاستحسان والتقليد والتعليل ــ ابن حزم ــ م دار الفكر ــ ط ٢ (١٣٨٩ هـ) .

٦ ــ نظرية الاباحة عند الأصوليين ــ محمـــد ســـلام مدكور ــ ط ٢ (١٣٨٥ هـ) ــ القاهرة .

٧ ــ ارشاد الفحول ــ للشويكانى ــ محمد بن على الشويكانى . بدون سنة طبع .

٨ ــ الأحكام ــ للآمدى ــ سيف الدين أبو الحسن على بن أبى على ابن محمد تعليق عبد الرزاق عفيفى ط ١ م النور .

خامسا : النظام الوضعى :

١ ــ شرح احكام عقد المقاولة ــ محمد لبيب شنب ــ م دار النهضـــة العربية ــ القاهرة ــ (١٩٦٢ م) .

٢ ــ عقد الاستصناع ــ رسالة دكتوراه من باريس سنة (١٩٣٧ م) **مطبوع على الآلة الكاتبة** ــ فى مكتبة المعهد الفرنسى ــ بالقاهرة . لمؤلفها : دافيد فرانسكوا .

2 — LEMARCH A FACON-Francois DAVID.

٣ ــ المبادىء القضائية لأحكام محكمة التمييز العراقية ــ عبد الرحمن العلام م العانى ــ بغداد (١٩٥٧ م) .

٤ ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ــ م دار الكتاب العربى ــ القاهرة .

٥ ــ نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية ــ د. عبد الناصر توفيق العطار ــ الكتاب الأول فى مصادر الالتزام ــ م السعادة ــ القاهرة ــ (١٩٧٥ م) .

٦ ــ نظرية العقد ــ عبد الرازق السنهورى ــ ط ١٩٣٤ م .

٧ ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ــ عبد الرازق أحمد السنهورى ــ م جرينرج ــ القاهرة (١٩٥٢ م) .

سادسا : معاجم اللغة :

١ ــ معجم متن اللغة ــ أحمد رضا .

٢ ــ المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير ــ احمد بن محمد بن على المقرى الفيومى (٧٧٠ هـ) .

٣ ــ لسان العرب ــ ابن منظور ــ جمال الدين ابو الفضل محمد بن جلال الدين ابو العز مكرم (٧١١ هـ) .

٤ ــ مختار الصحاح ــ محمد بن ابى بكر بن عبد القادر الرازى ــ ترتيب محمود خاطر .

٥ ــ الصحاح ــ اسماعيل بن حماد الجوهرى (٣٩٣ هـ) .

٦ ــ تاج العروس ــ محمد مرتضى الزبيدى .

٧ ــ اساس البلاغة ــ ابو القاسم محمود بن عمر الزمخشرى (٥٣٨ هـ).

ســــابعا : كتب التراجــم :

١ ــ الأعلام ــ خير الدين الزركلى . ط ٣ ــ م بيروت (١٩٦٩ م) .

٢ ــ طبقات الفقهاء ــ طاش كبرى زاده ــ ط ٢ (١٩٦١ م) الزهراء الحديثة ــ الموصل .

٣ ــ المنهج الأحمد فى تراجم أصحاب الامام أحمد ــ أبو اليمن مجير الدين العليمى (٩٢٨ هـ) م المدنى ــ القاهرة (١٣٨٣ هـ) .

ثامنا : مصادر متنوعة :

١ ــ الاسلام ومشكلات الحضارة ــ سيد قطب ــ م دار احياء الكتب العربية ــ القاهرة (١٩٦٢ م) .

٢ ــ معركة الاسلام والرأسمالية ــ سيد قطب ــ ط ٢ (١٣٨٦ هـ) .

٣ ــ المرشد الى آيات القرآن الكريم وآياته ــ محمد فارس بركات ــ ط ٣ (١٣٨٨ هـ) م دمشق .

٤ ــ مجلة البحوث الاسلامية ــ مجلد ١ ــ عدد ٢ ، صادر عن هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ــ الرياض .

* * *

فهرس الموضـــوعات

الموضوع	الصفحة
المبحث الخامس : راى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود	٣٦
الخلاصة والترجيح	
الراى الراجح	٣٧
الفصل الثالث : التعاقد على المعدوم	٣٩
المبحث الأول : حكم بيع المعدوم	
المبحث الثانى : علة منع بيع المعدوم عند الفقهاء ومناقشتها . . .	٤٠
١ - أنه بيع غرر	
الرد على ذلك	
٢ - أنه من بيع معاومة	٤١
الرد على هذا الاستدلال	
٣ - أنه من بيع ما ليس عند الانسان	
الرد على هذا الدليل	٤٢
الجواب	٤٣
المبحث الثالث : راى ابن القيم فى بيع المعدوم	
المبحث الرابع : القاعدة فى بيع المعدوم	٤٥
المبحث الخامس : الاستصناع وبيع المعدوم	
راى الحنابلة فى الاستصناع	
توضيح	٤٦
راى الحنفية	٤٨
راى النظام الوضعى فى بيع المعدوم	
المناقشة	٥٠
الباب الأول : مفهوم الاستصناع وهل هو عقد أم وعد ؟ . . .	٥١
الفصل الأول : تعريف الاستصناع	٥٣
المبحث الأول : التعريف اللغوى للاستصناع	
الخلاصة	٥٤
المبحث الثانى : التعريف الاصطلاحى للاستصناع عند الفقهاء .	
تمهيد	
الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الأول (الحنفية)	٥٥
الطريق الأول : التعريف بذكر صورة (اى بالرسم)	
ما تفيده هذه الصور من نوع المال المصنوع	
الطريق الثانى لتعريف الاستصناع (التعريف بالحد)	٥٧
الاتجاه الأول	
الاتجاه الثانى	٥٨

الموضوع	الصفحة

الصفحة | الموضوع

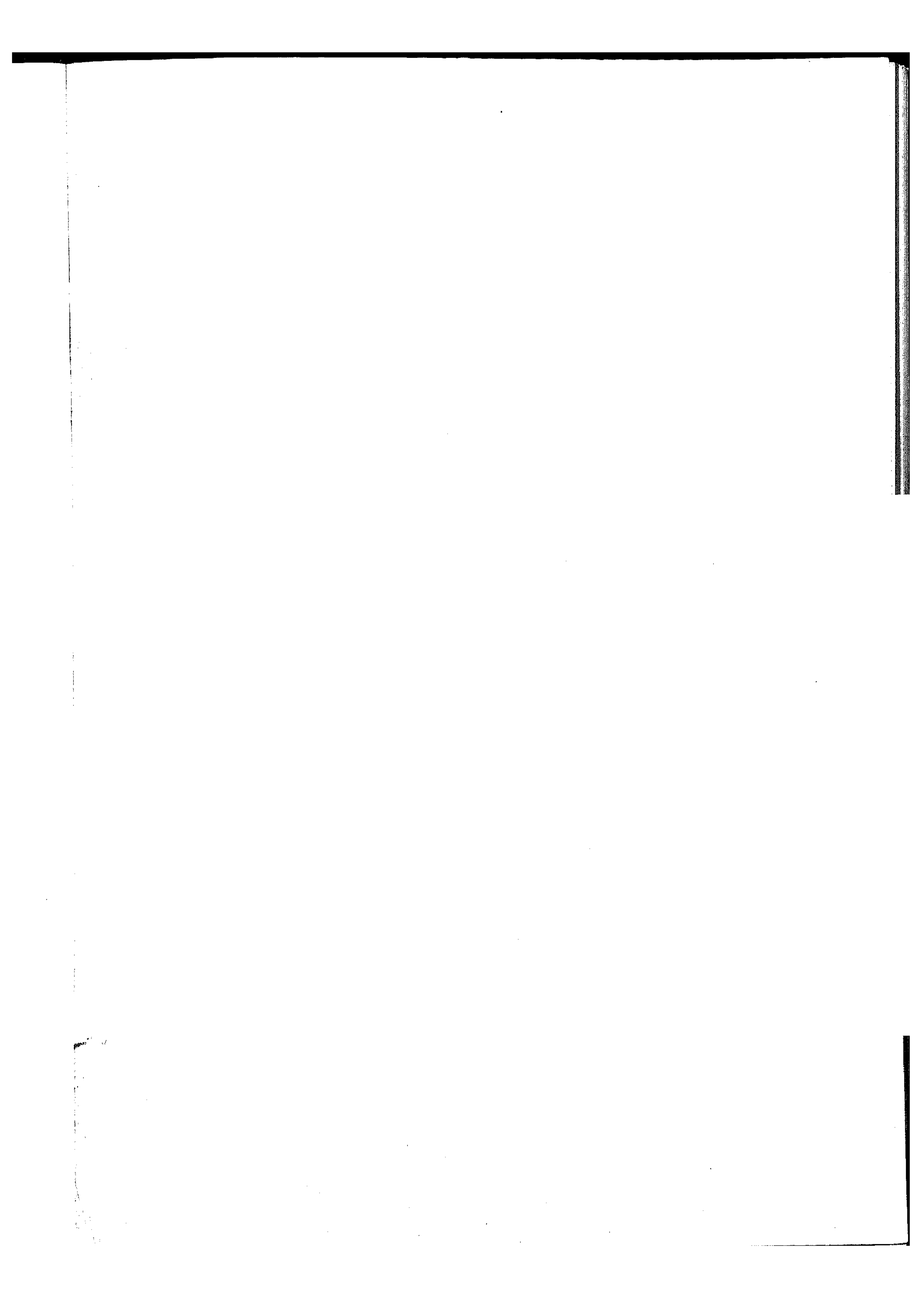
الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
المبحث الثانى : الشيعة الجعفرية	
الفصل الرابع : حكم الاستصناع فى النظام الوضعى . . .	١٢٤
الباب الثالث : تكييف عقد الاستصناع	١٢٥
الفصل الأول : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول	١٢٧
المبحث الأول : جملة الآراء حول تكييف عقد الاستصناع عند الحنفية	
الفرع الأول : الاستصناع بيع	
الأمور التى خالف فيها الاستصناع البيع المطلق	١٢٨
أولا : اثبات خيار الرؤية	
ثانيا : اشتراط العمل فى الاستصناع	
رأينـــا	١٢٩
راى المخالفين فى كون الاستصناع بيعا	
الفرع الثانى : الاستصناع اجارة محضة	١٣٠
فى اجارة الصانع للعمل	١٣١
الاجارة على الصنع تختلف عن الاستصناع	١٣٢
الفرع الثالث : الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء	
الترجيح	١٣٣
الفصل الثانى : تكيف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعى	١٣٥
المقاولة فى المدنى المصرى ذات شقين	
فقهـــاء القانون الوضعى	١٣٦
دافيـــد	
السنهورى	
المبحث الأول	١٣٧
الفرع الأول : الاستصناع عقد بيع لشىء مستقبل	
المناقشـــة	١٣٨
الفرع الثانى : الاستصناع عقد مقاولة واقع على العمل . .	١٣٩
الفرع الثالث : الاستصناع عقد مقاولة ان كانت المـــادة اقل قيمة من العمل ، وعقد بيع ان كان العمل اقل قيمة من المـــادة .	
الفرع الرابع : الاستصناع عقد مقاولة ابتداء بيع انتهاء . . .	١٤٠
المبحث الثانى : الراى الراجح عند فقهاء النظام الوضعى . .	
الفرع الأول : الراجح عند السنهورى	
الفرع الثانى : الراجح عند دافيد	١٤١
الباب الرابع : المقومات والشروط	١٤٣
الفصل الأول : المقومات	١٤٥
المبحث الأول : المقومات العامة للاستصناع وغيره من العقود .	
المبحث الثانى : ركن الاستصناع	
الفرع الأول : المراد بالصيغة	

الموضوع	الصفحة
الصيغة التولية	١٤٦
المعاطاة	
المبحث الثالث : اركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى .	١٤٧
الفصل الثانى : الشروط	١٤٨
المبحث الأول : الشروط العامة للاستصناع وغيره	
تعريف الشرط لغة . واصطلاحا	
الفرع الأول : شروط الانعقاد	١٤٩
المطلب الأول : شروط الانعقاد التى ترجع الى العاقد . . .	
ا ـــ اهلية التصرف	
ب ـــ أن يكون العاقد متعددا	١٥٠
المطلب الثانى : الشروط التى ترجع الى صيغة العقد . . .	١٥١
المطلب الثالث : الشروط التى ترجع الى البدلين	
المطلب الرابع : الشروط التى ترجع الى مكان العقد . . .	١٥٢
الفرع الثانى : شروط اللزوم	
الفرع الثالث : شروط صحة العقد	١٥٣
شروط النفاذ	١٥٤
المبحث الثانى : الشروط الخاصة بالاستصناع	١٥٦
الفرع الأول : يشترط فى المستصنع فيه أن يكون معلوما .	
المعقود عليه فى الاستصناع	
ادلة الراى القائل بأن المعقود عليه هو العين	١٥٧
ادلة الراى القائل بأن المعقود عليه هو العمل	١٥٨
المناقشــــة	
الراى الراجح	١٥٩
الفرع الثانى : ان يكون مما يجرى فيه التعامل	١٦٠
العرف والقياس	١٦٣
أن يكون مما يجرى فيه التعامل	
ما لا يجوز الاستصناع فيه	١٦٤
استصناع الآلات والمعدات	١٦٥
الفرع الثالث : اشتراط ضرب الأجل	١٦٦
انواع الأجل	
الأجل للاستعجال	
الأجل للاستمهال	١٦٧
دخول الأجل فى السلم	
ادلة اصحاب الراى القائل بأن اقل مدة فى السلم هى شهر .	
دليل الفريق القائل بأن اقل مدة فى السلم ثلاثة أيام . . .	١٦٨
مناقشة هذا الدليل	
دليل الفريق الثالث القائل بأن اقل مدة هى نصف يوم فأكثر .	

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة



مطابع الشريم
الدمام ــ المملكة العربية السعودية
تلفون: ٨٤٣٢٩٦٣

LE MARCH. A. FAÇON

في هذا الكتاب

الاستصناع أو (عقد المقاولة) دُرِس دراسة مستفيضة في عصر العباسيين كعقد مستقل. وبفضل جهود العلماء المسلمين التي اعانهم الله عليها حققوا مالم يحققه العلماء المعاصرين من اصحاب النظم الوضعية فهذا دافيد الفرنسي يذكر انه مندهش جداً لانتشار عقد الاستصناع مع عدم وجود تنظيم له في التقنين المدني الفرنسي ، ويعزى ذلك الى ان أصحاب هذا التقنين في سنة ١٨٠٤م لم يكونوا يعرفون هذا العقد.

نعم في هذه السنة ١٨٠٤م كانت النظم الوضعية لاتزال قاصرة عن دراسة ذلك العقد (الاستصناع) الذي اهتم به علماء الفقه الاسلامي قبل حوالي ١٢ قرن فماذا نسمى هذا الاهتمام وذلك الاهمال !

انها عظمة الاسلام وقدرته على حل مشاكل الناس الى ان تقوم الساعة.

المؤلف

الناشر
دار صالح للنشر والتوزيع
تلفون ٨٢٦٩٩١٢
ص. ب ٤٣٠٧ الدمام ٣١٤٩١
المملكة العربية السعودية